

UNIVERSIDAD NACIONAL DE PIURA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO



TESIS

“La interpretación del artículo 1° de la Ley N° 24041 y lo establecido en la Constitución de 1993 como adecuada protección contra el despido arbitrario”

Presentada por:

Br. PEDRO FERNANDO VÁSQUEZ CASTILLO

PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO

**Línea de Investigación Institucional:
Legislación y Ciencias Políticas**

**Sub línea de Investigación:
Derecho Constitucional**

**PIURA - PERÚ
2019**

UNIVERSIDAD NACIONAL DE PIURA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS



TESIS

“La interpretación del artículo 1 de la Ley N° 24041 y lo establecido en la Constitución de 1993 como adecuada protección contra el despido arbitrario”

PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO

Bach. PEDRO FERNANDO VÁSQUEZ CASTILLO
Ejecutor

Mag. PEDRO G. LIZANA BOBADILLA
Asesor

Línea de Investigación Institucional:
Legislación y Ciencias Políticas

Sub línea de Investigación:
Derecho Constitucional

PIURA - PERÚ
2019

DECLARACIÓN JURADA DE ORIGINALIDAD DE TRABAJO DE INVESTIGACION

Yo: **PEDRO FERNANDO VÁSQUEZ CASTILLO**, identificado con DNI N° **77132831**, en la condición de Estudiante Egresado, de la Facultad de **DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS** Escuela Profesional de **DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS**, domiciliado en **A.H. NUEVO CASTILLA MZ M LT. 20**, Distrito Castilla, Provincia Piura, Departamento Piura, con celular: **974827287** y Email: **vasquezcastillofernando@gmail.com**.

DECLARO BAJO JURAMENTO: Que el trabajo de investigación que presento a la Oficina Central de Investigación (OCIN), es original, no siendo copia parcial ni total de un trabajo de investigación desarrollado, y/o realizado en el Perú o en el Extranjero, en caso de resultar falsa la información que proporciono, me sujeto a los alcances de lo establecido en el Art. N° 411, del código Penal concordante con el Art. 32° de la Ley N° 27444, y Ley del Procedimiento Administrativo General y las Normas Legales de Protección a los Derechos de Autor. En fe de lo cual firmo la presente.



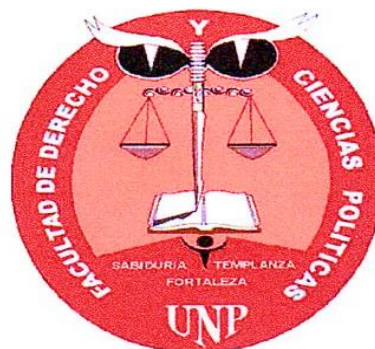
Piura, 29 de Junio del 2019.

DNI: 77132831

Artículo 411.- El que, en un procedimiento administrativo, hace una falsa declaración en relación a hechos o circunstancias que le corresponde probar, violando la presunción de veracidad establecida por ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años.

Art. 4. Inciso 4.12 del Reglamento del Registro Nacional de Trabajos de Investigación para optar grados académicos y títulos profesionales –RENATI Resolución de Consejo Directivo N° 033-2016-SUNEDU/CD.

UNIVERSIDAD NACIONAL DE PIURA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS



TESIS

“La interpretación del artículo 1° de la Ley N° 24041 y lo establecido en la Constitución de 1993 como adecuada protección contra el despido arbitrario”

TESIS REVISADA Y APROBADA POR EL JURADO

Dr. Roberto Palacios Márquez
Presidente

Dr. Deiver Vilcherrez Vilela
Secretario

Mag. Guillermo Enrique Cevallos López
Vocal

PIURA - PERÚ
2019



UNIVERSIDAD NACIONAL DE PIURA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS
UNIDAD DE INVESTIGACIÓN



“AÑO DE LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN Y LA IMPUNIDAD”

ACTA DE SUSTENTACIÓN DE TESIS
085-UI-FDCCP-UNP-2019

Los miembros del Jurado Calificador que suscriben, reunidos para evaluar la Tesis titulada “**LA INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 1 DE LA LEY N° 24041 Y LO ESTABLECIDO EN LA CONSTITUCIÓN DE 1993 COMO ADECUADA PROTECCIÓN CONTRA EL DESPIDO ARBITRARIO**” presentada por el Bachiller **VASQUEZ CASTILLO PEDRO FERNANDO** para optar el Título Profesional de Abogado, con el asesoramiento del Dr. Pedro Germán Lizana Bobadilla; oídas las observaciones y respuestas a las preguntas formuladas y, de conformidad al Reglamento de Tesis para la obtención del Título Profesional, en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, la declaran:

APROBADA ☒

DESAPROBADA ☐

Con la mención de:

Muy Bueno

- ☒ En consecuencia, queda en condición de ser ratificada por Consejo de Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Piura y recibir el Título Profesional de Abogado.
- ☐ En consecuencia, queda en condición de ser ratificada por el Consejo Universitario de la Universidad Nacional de Piura y recibir el Título Profesional de Abogado, después de que el sustentante incorpore las sugerencias del Jurado Calificador.

Piura, 07 de diciembre de 2019


DR. ROBERTO PALACIOS MARQUEZ
PRESIDENTE


DR. DEIVER VILCHERREZ VILELA
SECRETARIO


MAG. GUILLERMO ENRIQUE CEVALLOS LOPEZ
VOCAL

DEDICATORIA

A mi madre, a mi hermano, a mi tía Cecilia, a mi abuela y a todos mis familiares por el apoyo incondicional y por siempre creer en mí y darme ánimos para salir adelante a pesar de las adversidades.

A Jhoselin por su apoyo desmedido e incondicional.

AGRADECIMIENTO

A mis maestros y en especial a la Dra. Sarmiento Rojas Jacqueline, al Dr. Lizana Bobadilla Pedro, al Dr. Palacios Márquez Roberto, al Mag. Cevallos López Guillermo, a la Mag. Bayona Castro Esthely y al Mag. Cunya Celi Francisco; por su guía y calidad educativa que los caracteriza, dejando en mí grandes aprendizajes, tanto técnico como ético, que me harán un profesional y un digno representante de esta casa de estudios.

INDICE GENERAL

DEDICATORIA	6
AGRADECIMIENTO	7
ÍNDICE DE ANEXOS:	11
RESUMEN.....	12
ABSTRACT.....	13
INTRODUCCION:	14
CAPÍTULO I: ASPECTOS DE LA PROBLEMÁTICA	15
1.1.DESCRIPCIÓN DE LA REALIDAD PROBLEMÁTICA	15
1.2.JUSTIFICACION E IMPORTANCIA DE LA INVESTIGACION	16
1.3.OBJETIVOS.....	16
1.3.1. Objetivo general:	16
1.3.2. Objetivo específico:	16
1.4.DELIMITACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN	16
CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO	18
2.1.ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN.....	18
2.2.BASES TEÓRICAS	18
2.3.GLOSARIO DE TÉRMINOS BÁSICOS	21
2.4. MARCO REFERENCIAL.....	23
2.4.1. DERECHO AL TRABAJO	23
2.4.1.1. Definición	23
2.4.1.2. Aspecto y formas de Protección	24
2.4.1.3. Los Principios del Derecho al Trabajo.....	25
2.4.1.4. El derecho del trabajo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional	30
2.4.1.5. El derecho del trabajo en los instrumentos internacionales.	31
2.4.2. LA ESTABILIDAD LABORAL.....	31
2.4.2.1. Evolución normativa de la estabilidad laboral	31
2.4.2.2. Definición	32
2.4.2.3. Fundamentación jurídica	33
2.4.2.4. Régimen de estabilidad laboral en el Perú	35
2.4.2.5. Clases de estabilidad laboral.....	35
2.4.2.6. La estabilidad laboral según el Tribunal Constitucional.....	36
2.4.3. EL DESPIDO	36
2.4.3.1. Evolución histórica	36
2.4.3.2. Definición	37

2.4.3.3. Clases de despido	38
2.4.3.4. Causas justas de despido	39
2.4.3.5. Causas relacionadas con la capacidad	45
2.4.3.6. Procedimiento de despido	45
2.4.3.7. El despido lesivo de derechos fundamentales	46
2.4.3.8. El despido en los tratados internacionales	49
2.4.3.9. El despido en el derecho comparado:.....	53
2.4.4.1. Generalidades	55
2.4.4.2. La protección contra el despido arbitrario en la Constitución de 1993	57
2.4.4.3. El modelo de mínima protección	57
2.4.4.4. Elementos configuradores de la protección contra el despido arbitrario:	59
2.4.4.5. Formas adecuadas de protección contra el despido arbitrario	61
2.4.4.6. La indemnización por despido arbitrario	61
2.4.4.7. Sistemas indemnizatorios	62
2.4.4.8. La tarifa indemnizatoria por despido	62
2.4.4.9. La remuneración como base de la indemnización.....	63
2.4.4.10. Pago de la indemnización por despido	63
2.4.4.11. Naturaleza jurídica.....	63
2.4.4.12. Por daños y perjuicios laborales	64
2.4.4.13. Teoría de la responsabilidad Civil - Laboral.....	64
2.4.4.14. Caducidad del derecho a impugnar el despido.....	65
2.4.4.15. Efecto social de la indemnización: protección adecuada frente al despido ...	65
2.4.5. LA ESTABILIDAD LABORAL EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA	66
2.4.5.1. La administración pública como empleador	66
2.4.5.2. Función pública	66
2.4.5.3. Servidor público	67
2.4.5.4. Clasificación de servidores públicos.....	67
2.4.5.5. Régimen laboral público (Decreto Legislativo N° 276)	68
2.4.5.6. El despido en la administración pública	68
2.4.5.7. Faltas disciplinarias	69
2.4.5.7. Faltas graves:	70
2.4.5.8. Procedimiento administrativo sancionador:.....	71
2.4.5.9. Formas de protección.	72
2.4.5.10. Ley N° 24041: protección de los servidores públicos contratados.	72
2.5. HIPÓTESIS:.....	76
2.5.1. Hipótesis General:	76

2.5.2. Hipótesis Específica:.....	76
CAPITULO III: MARCO METODOLOGICO	77
3.1.ENFOQUE:	77
3.2.DISEÑO:.....	77
3.3.NIVEL:	77
3.4.TIPO:	77
3.5.MÉTODOS Y PROCEDIMIENTOS:	77
3.6.TÉCNICAS E INSTRUMENTOS:.....	78
CAPÍTULO IV: PROBANZA DE LA HIPOTESIS.....	79
4.1. PROBANZA JURÍDICO-DOCTRINAL.....	79
4.1.1. Hipótesis General:	79
4.1.1.1. Variable Independiente:.....	79
4.1.1.2. Variable dependiente:	82
4.1.2. Hipótesis Específica:.....	88
4.1.2.1. Variable Independiente:.....	88
4.1.2.2. Variable dependiente:	90
4.2. PROBANZA DE LA HIPOTESIS Y CONTRASTACION DE VARIABLES	92
CONCLUSIONES:	96
RECOMENDACIONES:.....	97
BIBLIOGRAFIA:	99

ÍNDICE DE ANEXOS:

ANEXOS A	103
ANEXOS B	104
ANEXOS C	105
ANEXOS D	106
ANEXOS E	107
ANEXOS F	119
ANEXOS G	125

RESUMEN

En la presente tesis se analizó el contenido del derecho a una adecuada protección contra el despido lesivo de derecho fundamentales (arbitrario), en los empleados públicos (contratados mediante Contratos Locación de Servicios o Servicios por Terceros -luego desnaturalizados-) que son cesados sin causa justa y que por no cumplir con alguno de sus requisitos de la Ley N° 24041 no son objetos de su protección; y sí, les corresponde ser indemnizados como una forma adecuada protección de su derecho al trabajo, afectado por el cese arbitrario (sin causa justa de cese).

Asimismo, se dilucidó cuáles serán los requisitos que debe cumplir dicho empleado público para ser beneficiario con una indemnización por parte del Estado, ante la afectación de su derecho al trabajo; siendo dichos requisitos el haber acreditado una relación laboral con alguna entidad pública y haber laborado más de 3 meses ininterrumpidos; esto último, con la intención de que dicha indemnización sea concedida solo a trabajadores que hayan superado una especie de periodo de prueba.

En ese sentido, se estableció que debido al derecho constitucional a una adecuada protección contra el cese arbitrario, el empleado público tiene el derecho a ser indemnizado a pesar de no ser objeto de la reposición que regula el 1° de la Ley N° 24041, toda vez que su derecho al trabajo no puede ser reducido a una ley que ha sido emitida pensando en la permanencia del trabajador y no en la adecuada protección contra el cese sin causa justa o sin el procedimiento disciplinario correspondiente.

Palabras clave:

Relación laboral, Derecho al Trabajo, artículo 1 de la Ley 24041, Cese Arbitrario, Derechos Fundamentales, Derecho a la Adecuada Protección contra el Despido Arbitrario, Empleado Público Contratado, Indemnización por Despido, meses ininterrumpidos y Periodo de Prueba.

ABSTRACT

This analyzed content of the right to adequate protection against the injury of fundamental rights in public employees (contracted by location contracts) that they are assigned without fair cause and that for not complying with any of their requirements of law n: 24041 are not objects of their protection and if it corresponds you to be indemnized as adequate protection of your right to work, affected by the arbitrary termination.

Also, it is diluated what will be the requirements that must be fulfilled by the public employee to be a beneficiary with an indemnification by the state, before the affection of your right to work, being such requirements to have accredited a labor relationship with some public entity and have worked more than 3 months uninterrupted, with the intensity that such compensation is granted only to workers who have exceeded the test time.

In that sense it was established that due to the constitutional right to adequate protection against the arbitrary termination, the public employee has the right to be indemnied under not being subject to the replacement regulating the 1 of law n: 24041, every time that your right to work cannot be reduced to a law that has been issued thinking of the worker's permanence and not in the right protection against the eesc without fair cause and without the corresponding disciplinary procedure

Key Words:

Labor law, work law, article 1 of the law: 24041, arbitrary termination, fundamental rights, right to adequate protection against arbitrary dismissal, contracted public employee, dismissal indemnification, interrupted months and test time.

INTRODUCCION:

La presente tesis, desarrolla el tema de “**La interpretación del artículo 1° de la Ley N° 24041 y lo establecido en el artículo 27° de la Constitución como adecuada protección contra el despido arbitrario**”, siendo esto último, -en opinión del autor- un derecho constitucional en favor del Trabajador, tanto del régimen privado como del régimen público.

En ese sentido, haciendo una referencia histórica a la Ley N° 24041, esta fue expedida en el año de 1984; cuando aún se estaba vigente la Constitución de 1979; siendo debatida bajo un marco constitucional distinto al actual; es decir, se reconocía expresamente el derecho a la estabilidad laboral, derecho que no tiene regulación expresa en la Constitución actual.

En base tales consideración, una de las causas de la problemática que hemos estudiado ha sido el cambio Constitucional antes descrito -referente a la estabilidad laboral-. En ese sentido, respecto a la Estabilidad Laboral, (NAVARRETE, 2012) señala que es “*aquella protección legal frente a las posibilidades de que el empleador extinga unilateralmente la relación laboral por causas no previstas en la Ley, apuntando a la permanencia del contrato de trabajo (...)*”. Sin embargo, en la Constitución de 1993, como se ha dicho, esta no encuentra regulación expresamente; a cuya situación constitucional, la doctrina nacional reconoce como estabilidad relativa; porque ahora los trabajadores no tienen derecho de permanencia en el empleo, pero si una protección adecuada ante un despido arbitrario.

Frente a ello, la presente tesis ha tratado el reconocimiento del derecho a la adecuada protección contra el despido arbitrario del empleado público que no encuentra protección adecuada ni en el régimen laboral del Decreto Legislativo N° 276 y menos aún en la Ley N° 24041. Siendo nuestra única intención el reconocimiento a una indemnización por el despido arbitrario del que son objeto algunos empleados públicos contratados, debido a que -en la actualidad- no se les está proveyendo de tal forma de protección.

Todo lo cual, ha significado para el empleado público una búsqueda, de protección a su derecho al trabajo, que se verá vulnerado cuando se reconozca su relación laboral -con alguna entidad pública- pero no se ordene su reincorporación (de acuerdo al artículo 1° de la Ley N° 24041), y menos aún, una indemnización por despido arbitrario; cuando a otros empleados públicos bajo el régimen privado si tienen el derecho a esta.

Por consiguiente, mediante la presente tesis se pretende responder al siguiente problema: ¿El empleado público contratado tiene derecho a ser indemnizado cuando ha sido objeto de un despido arbitrario y por no haber cumplido con alguno de los requisitos establecidos en el artículo 1° de la Ley N° 24041 no ha sido reincorporado?

Razón por la cual, esta tesis se ha dividido en cuatro capítulos: En **el primero** se plantean los aspectos relevantes de la problemática a tratar. Para encontrar así un desarrollo satisfactorio a la problemática de analizar si el empleado público contratado tiene derecho también a ser indemnizado por despido arbitrario, a pesar de que solo tiene derecho a ser reincorporado, siempre y cuando cumpla con los requisitos establecidos en el artículo 1 de la Ley 24041.

En el **segundo** capítulo, se procede a desarrollar el marco teórico con el objetivo de presentar los conceptos relevantes para el desarrollo de los objetivos de la tesis como son: el derecho al trabajo, la estabilidad laboral en la administración, la adecuada protección contra el despido arbitrario.

En el **tercer** capítulo se halla contenido el marco metodológico, señalando que la presente tesis es de carácter descriptivo, documental, correlacional y no experimental.

Y, finalmente, en el **cuarto** capítulo se realizara la probanza de la hipótesis, seguido por las conclusiones, recomendaciones, anexos y bibliografía de la investigación realizada.

EL AUTOR

CAPÍTULO I: ASPECTOS DE LA PROBLEMÁTICA

1.1. DESCRIPCIÓN DE LA REALIDAD PROBLEMÁTICA

En diciembre de 1984, cuando aún se encontraba vigente la Constitución de 1979, se promulgo la Ley N° 24041, que regula el derecho a la estabilidad laboral de los servidores públicos contratados que se encontraban dentro del marco legal establecido por el Decreto Legislativo N° 276. Sin embargo, el 29 de diciembre de 1993 se promulgó la Constitución actual, que no reconoce el Derecho a la estabilidad laboral, pero si una “adecuada protección contra el despido arbitrario”, la cual proponiendo, no la permanencia del trabajador sino el derecho a no ser despedido sin causa y si ello pasara, protegerlo adecuadamente; derivándose dicha protección al su artículo 27°.

En ese panorama, la Ley N° 24041 es una norma emitida y debatida con un marco constitucional distinto al actual, es por ello que contiene un derecho de permanencia a favor del servidor contratado, que dentro del marco constitucional actual ya no se reconoce.

En ese sentido, se termina desprotegiendo al servidor contratado que no cumple con los requisitos regulados por su art. 1° para ser reincorporado; debido a que a pesar de haber sido despedidos ilegalmente; no termina teniendo una protección adecuada. Todo ello, porque dicha norma no enmarca su contenido en visión de protección contra el despido arbitrario, sino solo una visión de estabilidad del servidor contratado, para la cual solo cabe su reconocimiento a consecuencia del cumplimiento de sus requisitos; sin excepción alguna.

En adición, los servidores que labora para la administración pública bajo el régimen privado y que no puedan ser reincorporados, el Tribunal Constitucional les ha reconocido su Derecho a la adecuada protección contra el despido arbitrario y dispone que los órganos jurisdiccionales deben de enviar el expediente a la vía ordinaria para que soliciten una indemnización por despido arbitrario. Sin embargo, tal derecho no se encuentra reconocido para los servidores contratados y solo se le deja al amparo del art. 1 de la Ley N° 24041, cuando dentro del marco constitucional tiene un derecho fundamental a la igualdad de derechos y no discriminación, más aun su derecho constitucional a la adecuada protección contra el despido arbitrario, que no ha distinguido entre trabajadores del sector privado o del sector privado.

Por lo que, creemos necesario el análisis de dicho derecho constitucional, y el contenido del art. 1 de la Ley 24041; debido a que es a partir de allí, en que se analizar el Derecho de los servidores contratos a ser indemnizados cuando su derecho a ser reincorporado –reconocido en la Ley antes señalada- le sea omiso por no cumplir con los requisitos que estas regula.

Por lo que, nos parece viable tratar este tema y realizar la investigación, buscando en cierto modo, reconocer el derecho a una adecuada protección contra el despido arbitrario de los servidores contratados, que son despedidos arbitrariamente pero que no encuentra un amparo adecuado en lo dispuesto en el art. 1 de la ley N° 24041, y que termina siendo vulnerando su derecho al trabajo en su segundo aspecto: “proscripción de ser despedido salvo causa justa”, debido a la falta de regulación.

Frente a esta problemática se formula las siguientes interrogantes:

Problema general: *¿El servidor público contratado tiene Derecho a ser indemnizado cuando ha sido objeto de un despido arbitrario y por no haber cumplido con alguno de los requisitos establecidos en el art. 1 de la Ley 24041 no ha sido reincorporado?*

Problema específico: *¿En qué caso procede indemnizar al servidor público contratado objeto de despido arbitrario que no ha cumplido con alguno de los requisitos establecidos en el art. 1 de la Ley 24041 para ser reincorporado?*

1.2. JUSTIFICACION E IMPORTANCIA DE LA INVESTIGACION

La presente investigación se justifica en la necesidad de analizar la protección del derecho al trabajo, establecida en el art. 27 de la Constitución como “adecuada protección contra el despido arbitrario”, respecto de los servidores públicos contratados. Ello debido a que estos cuando son objetos de despido arbitrario, y no se encuentran dentro de la protección regulada en el art. 1 de la Ley 24041, en sede judicial, se estaría dejando desprotegido al trabajador, al no reconocerse beneficio alguno ante tal despido, a pesar de hallarse vulnerado su derecho al trabajo y existiendo un derecho constitucional a la adecuada protección contra el despido arbitrario.

Dentro de dicho contexto, la presente investigación buscará un mecanismo que coadyuve a garantizar los derechos laborales de los servidores públicos contratados, y en especial, su derecho al trabajo, el cual es objeto de protección del derecho a una adecuada protección contra el despido arbitrario. Ello debido a que, en la aplicación del art. 1 de la Ley 24041; al proteger solo la estabilidad del servidor contratado; no considera los supuestos en los que el servidor contratado no cumple con sus requisitos, pero ha tenido una relación laboral con una entidad pública y ha sido objeto de despido arbitrario, y al no permitírsele el reingreso a su puesto que venía desempeñando antes del despido; se le termina dando efectos jurídicos a un despido ilegal; cuando por mandato constitucional; se protege adecuadamente contra el despido arbitrario.

Asimismo, la investigación permitirá a los operadores jurídicos que frente a un proceso de reposición laboral -por aplicación del art. 1° de la Ley N° 24041- y no pueda ordenar la reposición del servidor contratado; puedan brindar mejor protección contra el despido arbitrario como la Constitución del Estado dispone; más aún si todo proceso laboral tiene el carácter tuitivo de los derechos de los trabajadores, siendo en este caso, los servidores públicos contratados. Colaborando así a decisiones con mayor contenido constitucional que legal; produciendo así resoluciones judiciales más acordes con lo establecido en la constitución de 1993; y como no, proteger además el derecho al trabajo, de estos servidores; buscando una adecuada protección contra el despido arbitrario, y que por vacíos legales no puede obviarse.

De este modo, la importancia del estudio radicaría en el aporte teórico, doctrinario e interpretativo que permita contribuir a la solución de los conflictos en la que no pueda ordenarse la reposición del servidor contratado, si se pueda ordenar una indemnización toda vez que lo contrario vaciaría de contenido el derecho del trabajo y se vulneraría el derecho constitucional a la adecuada protección contra el despido arbitrario.

1.3. OBJETIVOS

1.3.1. Objetivo general:

Determinar si el servidor público contratado tiene Derecho a ser indemnizado cuando ha sido objeto de un despido arbitrario y por no haber cumplido con alguno de los requisitos establecidos en el art. 1 de la Ley 24041 no ha sido reincorporado.

1.3.2. Objetivo específico:

Establecer en qué caso procede indemnizar al servidor público contratado objeto de despido arbitrario que no ha cumplido con alguno de los requisitos establecidos en el art. 1 de la Ley 24041 para ser reincorporado.

1.4. DELIMITACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

1.4.1. Espacial: La investigación se encuentra delimitada al análisis del Derecho Constitucional a una adecuada protección contra el despido arbitrario y lo establecido en el art. 1 de la Ley 24041, que regula el derecho a la estabilidad laboral de los servidores públicos contratados, pero que en la actualidad, funge de protectora contra el despido arbitrario.

- 1.4.2. Temporal:** En cuanto al tiempo se tomara en cuenta la Jurisprudencia vinculante y relevantes del Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema antes y después de la publicación en el Diario Oficial El Peruano del Precedente Constitucional conocido como “Precedente Huatuco-Huatuco”, y sus implicancias en la actualidad.
- 1.4.3. Económica:** Esta delimitación está supeditada a que los recursos son por cuenta propia del investigador.

CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO

2.1. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN

- ☞ (MORÓN SANCHEZ, 2017); en su trabajo académico para optar el grado de segunda especialidad en Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, titulado: **“la protección frente al despido arbitrario del trabajador de confianza en el sector público y privado”**, tuvo como objetivo realizar un análisis de la condición laboral de los trabajadores de confianza del sector público y privado. Enfocándose principalmente en el cambio de criterio que en la jurisprudencia laboral experimentado por la Corte Suprema de la Republica, en la Cas. N° 18450-2015-Lima. Concluyendo que los trabajadores de confianza en el sector privado deberían tener la misma protección frente al despido arbitrario que trabajador ordinario, debiéndose gestionar la protección de su estabilidad relativa. Asimismo, concluye que el trabajador de confianza en el sector privado y el servidor público se diferencian en la finalidad de la prestación que brindan, siendo el fin de este último el bienestar común, por tanto una protección igualitaria olvidaría la existencia de la manifestación subjetiva del funcionario encargado de designar al trabajador de confianza.
- ☞ (RIVERA TANTARUNA, 2017), en su tesis, para optar el título de abogado, **“la vulneración de los derechos laborales por parte Tribunal Constitucional en aplicación del precedente vinculante del expediente N° 5057-2013-AA/TC – Caso Huatuco”** tuvo como objeto determinar si el Tribunal Constitucional, mediante el precedente vinculante recaído en el Exp. N° 5057-2013-AA/TC, vulnera derechos fundamentales de naturaleza laboral reconocidos en normas vigentes. Enfocándose en el análisis de los derecho laborales de los trabajadores públicos y la existencia de una necesidad de reconocimiento del derecho a la reposición en caso de desnaturalización de sus contratos modales. Concluyendo que la legislación actual no admite la reposición sea un medio idóneo para el ingreso a la carrera administrativa, aun a pesar de la desnaturalización del contrato de trabajo, asimismo en enfática al señalar que los servidores públicos no pueden ser restringidos de sus derechos laborales, por los malos manejos del Estado en las contrataciones laborales.
- ☞ (CALDERON PORRAS, 2018), en su tesis, para optar el título de abogado, **“Precedente Vinculante “Caso Huatuco”**, sentencia que afecta el fortalecimiento de la protección adecuada contra el despido arbitrario en el sector público respecto de los servidores comprendidos en el decreto legislativo N° 728, vulnerándose el derecho constitucional al trabajo” tubo como objeto determinar las razones por las cuales los servidores públicos sujetos al régimen de la actividad privada, resultan vulnerados en su derecho a la adecuada protección contra el despido arbitrario; y por tanto, a su Derecho al Trabajo, con la dación del Precedente Huatuco. Enfocando en dicho por el Tribunal Constitucional en el Precedente Huatuco y su relación con el art. 5 de la Ley N° 28175 Ley marco del Empleo Público, referente al modo de ingreso a la carrera administrativa, siendo este la del Concurso Publico de Méritos. Concluyendo que la reposición del trabajador es el medio adecuado para la protección contra un despido arbitrario, porque no garantiza la protección del Derecho Constitucional al Trabajo, sino que avala la protección de los demás Derechos Constitucionales.

2.2. BASES TEÓRICAS

2.2.1. Derecho al Trabajo:

(BASTOS PINTO & Otros, 2012), señalan: El trabajo como derecho fundamental se encuentra consagrado en nuestra Constitución en el artículo 2, inciso 15 que establece que: “Toda persona tiene derecho: 15. A trabajar libremente con arreglo a ley”, y el artículo 22 que prescribe que: “El trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona”.

El derecho fundamental al trabajo implica al menos dos aspectos: el derecho de acceso al empleo y el derecho de permanencia en el empleo.

A decir de (DE BUEN, Derecho del Trabajo, 1981), citado por (Blancas Bustamante 2013), manifiesta: el derecho al trabajo presenta, varias formas de manifestarse, podríamos hablar, e primer termino, del derecho a adquirir un empleo, en segundo lugar, el derecho a preservar un empleo. Ademas agrega: este segundo aspecto del derecho del trabajo se traduce en una formula que podria ser la siguiente: todo trabajador tiene derecho a conservar el empleo, salvo que hubiera una causa justa para privarle de el. Este principio se identifica como el de la estabilidad en el empleo.

2.2.2. Estabilidad laboral:

El origen de la estabilidad laboral ha sido ampliamente estudiado en la doctrina y este se ubica de forma inequívoca en la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos de 1917 al proclamar, de forma pionera y que serviría de modelo para el resto de ordenamientos latinoamericanos, que el empleador que despidiese a un trabajador sin causa justificada o por la integración de este a una asociación, sindicato o a la participación de una huelga lícita deberá cumplir el contrato (reponerlo) o indemnizarlo, dejando la consecuencia idónea a elección del trabajador afectado. (Blancas Bustamante 2013).

Pese a ello, y aun cuando varios países latinoamericanos habían incorporado de manera progresiva el derecho a la estabilidad laboral, es recién hasta 1982 con la suscripción y entrada en vigencia (1985) del Convenio OIT 158 que los Estados parte vieron incorporado al precitado derecho desde las instancias supranacionales, en tanto que garantía fundamental tal y como es establecida en su Artículo 4: “No se pondrá término a la relación de trabajo de un trabajador a menos que exista para ello una causa justificada relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio”. (Organización Internacional de Trabajo - OIT, 1982). (PALACIOS VALVERDE, 2018)

El tratadista Néstor de Buen, citado por Blancas (2013), refiere que el derecho al trabajo se manifiesta en, primer término, al derecho a acceder a un empleo, y, en segundo término, al derecho de conservarlo, es decir, a no ser despedido sin que para ello medie causa justa. Y es respecto del segundo aspecto del derecho al trabajo que (DE BUEN, 1988) sugiere que puede sintetizarse en la siguiente fórmula: “todo trabajador tiene derecho a conservar el empleo salvo que hubiera causa justa para privarlo de él. Este principio se identifica como el de la estabilidad del empleo”. (Palacios Valverde 2018).

En el caso del Perú, la Constitución Política de 1979 en su artículo 42°, declaraba al derecho al trabajo como un deber social, llegándolo a incluir dentro de los fundamentos del Estado y del régimen económico, lo que se condecía con la tendencia social predominante en el espíritu del constituyente. Posteriormente, si bien se atenuó el viso social en la Constitución predecesora, la de 1993, en el artículo 22° se consagró al trabajo en una doble dimensión de deber y derecho. Y es precisamente en dicho contexto que en el año de 1995 el Perú se adhirió al Protocolo de San Salvador, dispositivo que a partir de su ratificación adquirió fuerza vinculante y, por tanto, conforma desde entonces “el bloque de constitucionalidad” que le dota de una observancia obligatoria en materia de derechos humanos, según lo decidido por el Tribunal Constitucional en la Sentencia del Exp. N° 0025-2005-PI/TC y N° 0026-2005-PI/TC. (Blancas Bustamante 2013).

Siguiendo a Blancas (2013), al asegurarse la permanencia del trabajador, en tanto que la conservación de su empleo contribuye a su percepción de seguridad y estabilidad, le garantiza el ejercicio de sus derechos colectivos y libertades de carácter sindical, sin temor a represalias por parte del empleador, dado que, de ocurrir estas, el trabajador queda facultado a solicitar tutela jurisdiccional efectiva para salvaguardar la lesión a sus derechos fundamentales. (Palacios Valverde 2018).

Por consiguiente, la estabilidad laboral y su régimen de protección adecuado sustentan el fortalecimiento de las instituciones gremiales y sindicales al fortalecer el trabajo de organización, el

ejercicio de las atribuciones necesarias para la huelga, la negociación colectiva, la representatividad democrática, y ello redundará finalmente en una mejoría en los beneficios colectivos e individuales que los trabajadores pueden conseguir. (Palacios Valverde 2018).

2.2.3. El despido:

Podríamos decir que el despido es una forma de extinguir el vínculo laboral y que surge de la voluntad, de una de las partes -empleador-, dándose tanto con expresión de causa o sin ella. Además (GRISOLIA, 2000), citado por (Palacios Valverde 2018), señala que es un acto informal, debido a que puede manifestarse verbalmente o por escrito, pero cuando se quiere realizar con pre-aviso y por causa justa, es requisito ineludible la forma escrita.

A decir de Blancas Bustamante (2013):

(...) Desde la perspectiva de que el despido del trabajador comporta la manifestación de un "Poder" que se reconoce al empleador podemos distinguir, en la evolución de la protección contra el despido, tres grandes etapas o momentos, determinados en función de la amplitud o intensidad de dicho poder. Estas etapas son las siguientes: 1) el despido: Poder absoluto, 2) el despido: Poder limitado, y 3) el despido: poder excepcional.

2.2.4. La Adecuada Protección contra el Despido Arbitrario:

A decir de (VINATEA RECOBA, 2013): En un primer momento, el Tribunal Constitucional (TC) centró su atención en la "adecuada Protección Procesal" y dentro de ella, en la "adecuada protección procesal restitutoria", la que actúa como complemento de la "resarcitoria" y estas, a su vez, de la "adecuada protección sustantiva".

En ese sentido, la adecuada protección procesal restitutoria –para el TC- se exterioriza mediante el Proceso de Amparo, debido a que su objeto es "reponer las cosas al estado anterior a la violación". Lo cual se exterioriza mediante la restitución del trabajador a su centro de trabajo –del fuera despedido arbitrariamente- y no con el pago de una indemnización.

De esta forma el TC habría cerrado la discusión en torno a los alcances del art. 27° de la constitución, concurriendo al sistema de protección de derechos constitucionales, y estableciendo que dicho artículo contendría una de las garantías previstas en el art. 200° -del mismo cuerpo legal- haciendo que ambas posiciones, sean lo mismo.

En opinión del autor; en un segundo momento -como veremos en el desarrollo de la presente investigación- dicho criterio será cambiada rotundamente –por el propio Tribunal Constitucional- a partir de la emisión del Precedente Vinculante contenido en el Exp. N° 05057-2013-AA/TC, denominado como "Precedente Huatuco".

2.2.5. Servidor Público:

Valdez Vásquez (2017), señala: Tradicionalmente se distinguían los conceptos de "funcionarios públicos" y "empleado público" y para establecer la diferencia se desechaban criterios tales como el de la remuneración o su jerarquía administrativa (aunque por supuesto nadie llamaría empleado público al Ministro, salvo en sentido peyorativo, ni funcionario a la ordenanza), para limitarse principalmente al siguiente: el funcionario decide, representa la voluntad del estado, mientras que el empleado ejecuta, realiza comportamientos materiales para llevar a la práctica las decisiones de los funcionarios (GORDILLO, 2003).

Asimismo, el Funcionario Público es el personal de confianza que tiene la administración pública, son los denominados "Jefes" de cada sector verbigracia. El jefe de recursos humanos, el Alcalde u otros. El empleado público es el que trabaja en coordinación con el funcionario público, pero este no cuenta con poder decisión o por decirlo de otra manera, este no puede emitir actos administrativos o de la administración si no cuenta con autorización de un Funcionario Público. Adicionando, al Empleado Público se lo considera un personal de trabajo por cuenta ajena.

2.2.6. Administración Pública:

(VALDEZ VÁSQUEZ, 2017), señala: La administración pública es un instrumento para alcanzar un desarrollo social y económico sostenido, pero también debe entenderse como un camino para lograr que los avances que se generan en el Estado puedan llegar también a las masas poblacionales y que la distribución favorezca también a los que más lo necesitan y no solo a los que más tienen. Sin embargo, dicho cometido no puede ser cumplido sin la estructuración de bases sólidas que permitan determinar cuándo nos encontramos frente la administración pública.

La Administración Pública es el contenido esencial de la actividad correspondiente al Poder Ejecutivo, y se refiere a las actividades de gestión, que el titular de la misma desempeña sobre los bienes del Estado para suministrarlos de forma inmediata y permanente, a la satisfacción de las necesidades públicas y lograr con ello el bien general; dicha atribución tiende a la realización de un servicio público, y se somete al marco jurídico especializado que norma su ejercicio y se concretiza mediante la emisión y realización del contenido de actos administrativos emitidos por el profesor (ALVA MATTEUCCI, 2019).

2.2.7. La Carrera Administrativa:

La carrera administrativa se define como el conjunto de principios, normas y procesos que regulan el ingreso, los derechos y los deberes de los servidores públicos que, con carácter estable, prestan servicios de naturaleza permanente en la administración pública. Su objetivo es la incorporación de personal idóneo, garantizando su permanencia y desarrollo, sobre la base de méritos y calificaciones en el desempeño de sus funciones y dentro de una estructura uniforme de grupos ocupacionales y de niveles.¹

La Carrera administrativa comprende a los servidores públicos que con carácter estable prestan servicios de naturaleza permanente en la Administración pública; con excepción de los trabajadores de las empresas del estado cualquiera sea su forma jurídica, (...).²

2.3. GLOSARIO DE TÉRMINOS BÁSICOS

- ☞ **Contrato de Trabajo:** Es un acuerdo de voluntades entre dos partes, una llamada empleador y la otra trabajador, por el cual una de ellas se compromete a prestar sus servicios en forma personal y remunerada y la otra, se obliga al pago de la remuneración correspondiente y goza de las facultades de dirigir, fiscalizar y sancionar los servicios prestados. (Toyama Miyagusuku & Vinatea Recoba 2013).
- ☞ **Despido Fraudulento³:** Se produce cuando se despide al trabajador con ánimo perverso, de manera contraria a la verdad y la rectitud de las relaciones laborales; aun cuando se cumple con la imputación de una causal, como sucede cuando se imputa al trabajador hechos notoriamente inexistentes, falsos o imaginarios. (Soto Rodríguez 2019).
- ☞ **Despido Incausado⁴:** Se produce cuando se despide al trabajador ya sea de manera verbal o mediante comunicación escrita, sin expresarle causa alguna derivada de la conducta o la labor que la justifique. (SOTO RODRIGUEZ, 2019)
- ☞ **Acto Lesivo:** El acto lesivo (también llamado “acto reclamado” o “acto impugnado”) es uno de los presupuestos procesales del proceso constitucional de amparo. No hace falta ahondar demasiado para advertir la importancia de identificar correctamente el concreto acto violatorio a efectos de lograr una efectiva reparación del derecho conculcado. (Bastos Pinto & Otros 2012).

¹ Art. 1° del Decreto Legislativo, N° 276.

² Art. 2° del Decreto Supremo N° 005-90-PCM.

³ STC N° 976-2001-AA/TC

⁴ STC N° 1124-2002-AA/TC

- ☞ **Labores de Naturaleza permanente⁵:** Es aquella que es constante por ser inherente a la organización y funciones de la Entidad Pública, así como a los servicios que brinda la misma.
- ☞ **Indemnización.-** Resarcimiento de un daño o perjuicio. En lo *laboral*, todos los perjuicios derivados de la relación de trabajo que sufran las partes, de modo principal el trabajador, se tienen que reparar mediante el pago de una indemnización, unas veces determinadas concretamente por la Ley y otras estimadas jurídicamente, así en los casos de accidente o enfermedad de trabajo, de despido injustificado, de falta de preaviso. (OSSORIO, 2016).
- ☞ **Cese (cesantía):** Estado de cesante, del empleado público a quien se priva de su empleo, y en algunos casos, del sueldo. (OSSORIO, 2016).
- ☞ **Destitución.-** Separar a uno de su cargo como corrección o castigo (OSSORIO, 2016).
- ☞ **Función Pública⁶:** Es toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona natural en nombre del Estado o al servicio del Estado, o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquico.
- ☞ **Locador.-** En el contrato de *locación* (v.) se llama así quien concede el uso o goce de una cosa, ejecuta la obra o presta el servicio. (OSSORIO, 2016).
- ☞ **Obrero.-** Persona que desarrolla una actividad profesional en la que *predomina* el esfuerzo físico sobre el intelectual, a diferencia de lo que sucede con el *empleado* (v.) o con quien ejerce una profesión liberal. Como regla general, el *obrero* trabaja por cuenta ajena, pero también puede hacerlo por cuenta propia, siempre que se mantenga el predominio antes mencionado. Ossorio (2016).
- ☞ **Recurso de casación.-** el que se interpone ante el Tribunal Supremo contra fallos definitivos o laudos en los cuales se suponen infringidas leyes o doctrina legal, o quebrantada alguna garantía esencial del procedimiento. (OSSORIO, 2016).
- ☞ **Constitucional.-** Es constitucional, en el primero y principal de los significados, todo aquello que se ajusta o es conforme a las normas que la Constitución establece, como es inconstitucional cuanto se aparta de ella o la vulnera. (OSSORIO, 2016).
- ☞ **Constitucionalidad.-** Más concretamente, la subordinación que media entre leyes, decretos, ordenanzas o resoluciones dictadas por los organismos administrativos con relación a las normas de la Constitución de un país y en momento dado. (OSSORIO, 2016).
- ☞ **Doctrina legal.-** En lenguaje forense se entiende por ello tanto como jurisprudencia, pero circunscrita a la del más alto tribunal del país, el que unifica la interpretación de las leyes por medio de la casación. (OSSORIO, 2016).
- ☞ **Jurisprudencia.-** Ciencia del Derecho. En términos más concretos y corrientes, se entiende por *jurisprudencia* la interpretación que de la ley hacen los tribunales para aplicarla a los casos sometidos a su jurisdicción. Así, pues, la *jurisprudencia* está formada por el conjunto de sentencias dictadas en el Poder Judicial sobre una materia determinada. (OSSORIO, 2016).

⁵ Casación N° 12923-2016-Piura, Perú

⁶ Comité de la Organización de los Estados Americanos.

- ☞ **Precedente.-** Anterior en el tiempo o en el espacio. Resolución similar de un caso planteado antes y que se invoca para reiteración por aquel a quien favorece. Ossorio (2016).
- ☞ **Despido.-** Voz de uso frecuente en el Derecho Laboral. Se aplica con respecto a la ruptura unilateral, que hace el patrono, del contrato individual de trabajo celebrado con uno o con varios trabajadores. (OSSORIO, 2016).
- ☞ **Derecho de Acceso a la Función Pública.-** El derecho de acceso a la función pública consiste en la facultad de las personas para acceder o intervenir en la gestión de la cosa pública, es decir, en el ejercicio de una función pública. El Tribunal Constitucional peruano ha establecido que “los contenidos de este derecho son los siguientes: a) Acceder o ingresar a la función pública; b) Ejercerla plenamente; c) Ascender en la función pública; y, d) Condiciones iguales de acceso” (STC Exp. N° 0025-2005-PI/TC y STC Exp. N° 0026-2005-PI/TC). Bastos Pinto & Otros (2012).
- ☞ **Derecho de acceso al empleo.-** El derecho de acceso, a su vez, se le puede entender en dos sentidos: individual y colectivo. En el sentido individual supondrá el derecho a un empleo remunerado efectivo. En el sentido colectivo, el derecho de acceso tomará una dimensión prestacional. Bastos Pinto & Otros (2012).
- ☞ **Derecho de permanencia en el empleo.-** El derecho de permanencia en el empleo, en cambio, presupone que, una vez que una persona accede a un puesto de trabajo, este tenga derecho a una estabilidad laboral. La estabilidad en el empleo comprende que el trabajador tenga la seguridad de que no será cesado en el empleo mientras no concurra el desmedro de su aptitud o una conducta disciplinaria grave. (BASTOS PINTO & Otros, 2012).

2.4. MARCO REFERENCIAL

2.4.1. DERECHO AL TRABAJO

2.4.1.1. Definición

En la doctrina, el derecho del trabajo ha tenido diversas definiciones, algunas de las cuales transcribiéremos a continuación:

(DE DIEGO, 2004) Sostiene que el “Derecho del trabajo es la rama del derecho privado que se ocupa de las relaciones individuales y colectivas entre los trabajadores dependientes y los empleados, con el fin de reglar sus derechos y obligaciones”.

Por su parte (ALONSO GARCIA, 1981) manifiesta lo siguiente: “En el sentido amplio o doctrinal, Derecho del Trabajo es el conjunto de normas reguladoras de las relaciones nacidas de la prestación libre y por cuenta ajena de un trabajo remunerado que se realiza personalmente. En el sentido estricto o jurídico positivo, Derecho del Trabajo es el conjunto de normas reguladoras de las relaciones nacidas de la prestación de servicios personal, libre, por cuenta ajena, remunerada, y en situación de subordinación o dependencia”.

Para (AREVALO VELA, 2016), “Es un conjunto de principios y normas jurídicas que con carácter protector regulan las relaciones individuales o colectivas de trabajo, existentes entre las unidades de producción de bienes o prestación de servicios y los trabajadores que en forma personal, libre y subordinada laboran para la misma a cambio de un ingreso económico”.

Sin embargo, para (CANELO DÁVILA, 2018), “el trabajo productivo, ejercido libremente y por cuenta ajena, tiene protección y regulación legal en el ámbito del derecho del trabajo, es necesario además, que sea subordinado frente al empleador; es decir, que el trabajo como actividad o esfuerzo de trabajador este bajo la dirección, control y supervisión del empleador.”

Continúa, y señala “de modo resumido podríamos decir que en toda relación de trabajo, existe un vínculo jurídico de subordinación (dependencia) del trabajador frente al emperador, que se expresa en una suerte de sujeción de las prestaciones del control, supervisión y dirección del empleador.”

Finalmente, según (MORILLO VILLAVICENCIO, 2019), el derecho al Trabajo, en general nace como una rama del Derecho a la que se le asigna el fin de regular la relación entre dos sujetos, en la que uno de ellos presta servicios personales, subordinados y remunerativos en favor del otro.

Asimismo, la constitución política del Perú ha reconocido el derecho al trabajo del siguiente modo:

Artículo 2.- Toda Persona tiene derecho a: 15. Trabajar libremente, con sujeción a la Ley.
(...)

Artículo 22.- El trabajo es un deber y un derecho. Es base de bienestar social y un medio de realización de la persona.

En ese sentido, existen distintas definiciones del derecho al trabajo, sin embargo, todas coinciden que es el derecho al trabajo ha nacido para la protección del trabajador, dentro de una prestación de servicios en calidad de subordinación y a cuenta de un tercero.

2.4.1.2. Aspecto y formas de Protección

Para entender, las formas de protección del Derecho al Trabajo, primero debemos conocer su contenido esencial. En ese sentido, a nivel doctrinario no existe consenso sobre este, por lo que para (CUBA VELAOCHAGA, 2017), es mejor apreciar las tres grandes corrientes que existen:

- a) Alcance amplio o extenso del derecho al trabajo: por el cual este derecho presentaría una pluralidad de manifestaciones y tendría una conexión con otros derechos constitucionales, tales como el derecho a la vida, la protección contra el despido injustificado, la protección contra el desempleo, el derecho a la seguridad social, entre otros.
- b) Alcance reducido, limitado o restringido del derecho al trabajo: con lo cual se entendería este derecho como un simple mandato del legislador intentando obtener el pleno empleo.
- c) Alcance mínimo o nulo: propuesto por aquellos que lo consideran un derecho prácticamente inoperante, llegando inclusive a discutirse su propia existencia.

Para (BLANCAS BUSTAMANTE, 2013) citado por (CUBA VELAOCHAGA, 2017), este Derecho posee una doble vertiente, que incluye además, de su tradicional concepción como una aspiración legítima al empleo –que toca a los poderes públicos efectivizar a través de las adecuadas políticas económicas y sociales- otra no menos importante, como es la de garantizar la conservación del trabajo a quien lo tiene protegiéndolo contra extinciones carentes de razón, y, por tanto abusivas o arbitrarias. Porque en definitiva, tanto se opone al derecho al trabajo, el desempleo original, de quien accede a la edad de trabajar y carece de empleo, cuanto el desempleo sobreviniente de quien pierde el puesto de trabajo que ocupa, más aun cuando está perdida obedezca a motivos irrazonables y arbitrarios.

Según(VINATEA RECOBA, 2013), en el caso Sindicato Único de Trabajadores de Telefónica del Perú (SUTTDP)⁷, el Tribunal Constitucional, centra su atención en el derecho al trabajo y sus posibles afectaciones; dejando establecido que la libertad de trabajo, en su primer aspecto, “supone la adopción por parte del estado de una política orientada a que la población acceda a un puesto de trabajo”; lo que significa que para su satisfacción se dependa de las

⁷ Expediente N° 1124-2001-AA/TC.

posibilidades del Estado y de un desarrollo progresivo; en su segundo aspecto, el derecho al trabajo debe ser entendido como la “*proscripción de ser despedido salvo por justa causa*”⁸.

2.4.1.3. Los Principios del Derecho al Trabajo

2.4.1.3.1. Definición

Según (CANELO DÁVILA, 2018), los Principios del Derecho al Trabajo: “Son aquellas concreciones de los valores superiores, y en tanto son recogidos positivamente en la constitución, adquieren la condición de normas principialista o en algunos casos mutan a la categoría de derechos fundamentales”.

En ese sentido, para (PLÁ RODRÍGUEZ, 1998): “Son líneas directrices que informan algunas normas e inspiran directa o indirectamente una serie de soluciones por lo que pueden servir para promover y encauzar la aprobación de nuevas normas, orientar la interpretación de las existentes y resolver los casos no previstos”.

Es decir, para estos actores “Los Principios” significan contenidos de naturaleza superior, incluso de las normas que algunas veces también los contiene, toda vez que no solo inspiran la creación de nuevas normas sino que también orientan la interpretación de las existentes y sirven para resolver de mejor forma en los casos no previstos por dichas normas; teniendo asimismo significado de derechos fundamentales cuando regulan algún contenido en favor o en mejora de los derechos de las personas.

En el caso del Derecho Laboral, diríamos que son aquellas categorías de normas que brinda al trabajador derechos superiores e incluso a su propia voluntad, como por ejemplo: el principio de irrenunciabilidad de derechos, que como veremos, a pesar de existir voluntad expresa del trabajador, importa existencia de dicho principio que le otorgara al trabajador, a pesar de su renuncia, siempre el mejor derecho que haya tenido, antes de esta.

Entre los Principios Laborales que se encuentran regulados en nuestro ordenamiento jurídico, en la presente tesis, analizaremos: El Principio Protector, el Principio de Irrenunciabilidad de Derechos, el Principio de Igualdad de trato y no discriminación, el Principio de Primacía de la Realidad y el Principio de continuidad.

Por lo que pasamos a desarrollarlos a continuación:

a) El Principio Protector:

Este Principio es definido, por (AREVALO VELA, 2016), como aquel “Principio que parte de la premisa que dentro de toda relación laboral, el trabajador es la parte débil de la misma frente a su empleador, por lo que es necesario el amparo de la Ley en contra de los abusos que pudieran suceder; en su aplicación se deja de lado el criterio de igualdad entre las partes, propio de los contratos civiles o mercantiles, para considerar al trabajador en clara desventaja económica y social frente a su empleador, motivo por el cual la ley debe acudir en su ayuda a través de una desigualdad jurídica, que le permita de alguna manera equilibrar así desigualdades provenientes de la realidad.

En ese sentido, podemos afirmar, que dicho principio solo es aplicable a las relaciones laborales, tanto de naturaleza Pública como Privada, siendo indiferente para este principio en quien se representa la parte empleadora, esto es tanto Estado o de una empresa privada. Lo antes dicho, se complementa cuando se señala que “en su aplicación se deja de lado el criterio de igualdad entre las partes, propio de los contratos civiles o mercantiles, para considerar al trabajador en clara desventaja económica y social frente a su empleador, motivo por el cual la ley debe acudir en su ayuda a través de una desigualdad jurídica, que le permita de alguna manera equilibrar así desigualdades provenientes de la realidad”.

⁸ Sentencia de TC de fecha 11 de julio del 2002, caso SUTTDP, fundamento 12.

En ese sentido, a pesar de ser el Estado el empleador en las relaciones laborales públicas, esto no limita los derechos laborales del trabajador; por tanto, la vulneración de dichos derechos merece igual protección como a los trabajadores del régimen privado.

Sobre este Principio, (CANELO DÁVILA, 2018), nos señala: “El derecho, como bien ha señalado el profesor (ERMITA URIARTE, 2011) no es un ordenamiento jurídico igual para todos, sino desigualador o compensatorio. En efecto, la Igualdad del Derecho social es diferente a la igualdad del Derecho Privado Clásico, que candorosamente parte de la suposición de que todos somos iguales. En efecto, el derecho Civil tradicional supone esa igualdad, y por tanto se abstiene. El derecho laboral, en cambio, constata una desigualdad e intenta corregirla (...). Todo el derecho laboral es una consagración o aplicación del principio de desigualdad compensatoria o igualación. Más aún: esta clase de desigualdad es la gran innovación del Derecho del Trabajo: la igualdad como objetivo o meta y no solo como supuesto o punto de partida”. Señalando finalmente, que el Derecho Laboral es básicamente un derecho tuitivo o protector del trabajador, por ser la parte que se encuentra en desventaja en la relación laboral (por subordinación jurídica y dependencia económica), buscando en todo momento una suerte de igualación o compensación para acortar las asimetrías.

La doctrina acepta mayoritariamente que del principio protector se derivan tres reglas: a) *In Dubio Pro Operario*, b) la aplicación de la norma más favorable, y c) la aplicación de la condición más beneficiosa.

☞ **Regla In Dubio Pro Operario:**

Para (AREVALO VELA, 2016), en la aplicación de esta regla, el Juez o el intérprete, ante varios sentidos de una norma debe elegir aquel que resulte más favorable al trabajador, sea extendiendo un beneficio o restringiendo un perjuicio. Precisa que por “norma” deberá entenderse tanto la constitución como los tratados, leyes, decretos legislativos, decreto ley, decretos supremos, reglamentos y toda otra disposición de naturaleza legal.

Se encuentra reconocido en la Constitución en el literal c) de su art. 26; en el que se señala que la interpretación favorable al trabajador en caso de duda insalvable sobre el sentido de la norma.

El Tribunal Constitucional en el Exp. N° 008-2005-PI/TC, Lima; ha señalado: “El principio in dubio pro operario será aplicable cuando exista un problema de asignación de significado de los alcances y contenido de una norma. Ergo, nace de un conflicto de interpretación, más no de integración normativa (...) la aplicación del referido principio está sujeta a cuatro consideraciones: a) Existencia de una norma jurídica que, como consecuencia del proceso de interpretación, ofrece varios sentidos. b) imposibilidad Lógico-axiológica de dirimir esta duda mediante la utilización de cualquier método de interpretación admitido como válido por el ordenamiento nacional. c) obligación de adoptar como sentido normativo a aquel que ofrece mayores beneficios al trabajador. d) Imposibilidad del operador de integrar la norma, ya que el principio no se refiere a suplir la voluntad de este, sino a adjudicarle el sentido más favorable al trabajador”.

☞ **La aplicación de la norma más favorable:**

Según (AREVALO VELA, 2016), a diferencia de la anterior regla, esta no se refiere a la interpretación de normas sino a su aplicación. Según esta regla en caso de existir normas divergentes aplicables a una misma situación jurídico-laboral, el juez debe aplicar la que reconozca mayores beneficios o derechos al trabajador.

Un ejemplo, sería cuando existe problemas para tomar la remuneración del demandante, cuando la Ley regula una mínima y mediante un convenio colectivo se le ha brindado una mayor, entonces en estos casos, por de aplicación del principio antes señalado.

☞ **La aplicación de la condición más beneficiosa:**

Según (AREVALO VELA, 2016), esta regla establece que la aplicación de nuevas normas debe hacerse sin disminuir los derechos del trabajador preexistente, pues, todo cambio debe ser en beneficio de la parte laboral y no en su perjuicio.

Para (BOZA PRO, 2000) citado por (AREVALO VELA, 2016), señala: “el principio de la condición más beneficiosa supone la conservación de las mejores ventajas o derechos alcanzados por un evento anterior frente a otro posterior que pretende su eliminación o sustitución peyorativa”.

b) Principio de Primacía de la Realidad

Según este principio de presentarse discrepancias entre lo que ocurre en los hechos y lo consignado en los documentos o acuerdos, debe preferirse a los primeros.

Por aplicación de este principio los instrumentos donde consta la celebración de contratos civiles, mercantiles o de cualquier otra naturaleza, no tienen más que un valor probatorio de presunción el que pueden perderlo, si al verificarse lo ocurrido en la práctica se demuestra que la suscripción de dichos documentos ha servido para un fraude o simulación orientados a eludir el cumplimiento de las obligaciones establecidas por la legislación laboral. En este caso, se deberá declarar la existencia de un contrato de trabajo y reconocer al trabajador los derechos que le corresponden con arreglo a ley.

Una consecuencia necesaria de la aplicación del Principio de Primacía de la Realidad, es la presunción de existencia de relación laboral, la misma que ha sido recogida en el primer párrafo del art. 40° de la LPCL, cuando esta norma establece que: “En toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados, se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado”

El Tribunal Constitucional, mediante sentencia de su Segunda Sala, al resolver con fecha 25 de junio de 2004 el Expediente N° 0666-2004-AA/TC, Ica, seguido por Leyda Mirella Rojas Injante expresa lo siguiente: “2. *La recurrente ha venido laborando para la emplazada prestando servicios en forma personal, remunerada y subordinada, conforme se acredita con los contratos de trabajo de fojas 21 a 38, con los informe se acredita con los contratos de trabajo de 7 a 20 de autos, y 39 a 83 del cuadernillo de este Tribunal, y de las papeletas de salida de fojas 13 a 20 del mismo cuadernillo, por lo que en aplicación del principio de primacía de la realidad, se concluye en que la prestación de servicios de la recurrente era de carácter laboral*”.

Asimismo, la Primera Sala del Tribunal Constitucional al resolver el Exp. N° 04814-2005-PA/TC, Loreto, Considero que: “4. *Con relación al principio de primacía de la realidad que, es un elemento implícito en nuestro ordenamiento jurídico y, concretamente, impuesto por la propia naturaleza tuitiva de nuestra constitución, este Colegiado ha precisado que en mérito del Principio “(...) en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que fluye de los documentos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos (Fundamentos 3 de la STC N° 1944-2002-AA/TC)*”.

c) Principio irrenunciabilidad de Derechos

Para (AREVALO VELA, 2016), este principio niega validez jurídica a todo acto del trabajador que implique una renuncia a sus derechos laborales, constituyendo una limitación a la autonomía de la voluntad. Este principio busca evitar que el trabajador urgido por la necesidad de conseguir o continuar con un empleo, acepte la posición por parte del empleador de determinadas condiciones lesivas a sus derechos laborales, haciendo ilusoria la protección que la legislación laboral le concede. Esta protección también se extiende a los trabajadores cuyo vínculo se ha extinguido.

Asevera, y señala que es necesario destacar que el principio de irrenunciabilidad, opera siempre que exista una decisión expresa del trabajador de abandonar un derecho a través de una decisión unilateral, sea por desconocimiento o por falta de capacidad negociadora.

Al respecto (FERRO DELGADO, 2004), citado por (AREVALO VELA, 2016), señala: La irrenunciabilidad opera respecto de los derechos de los cuales el trabajador es titular. Esos derechos pueden tener por fuente a la Ley o al convenio. En ambos casos operara el principio, pero solo respecto de aquellos derechos de naturaleza indisponible por el trabajador. A su vez, el convenio colectivo no podrá contener renuncia a beneficios de carácter legal, pero podrá renunciar a derechos provenientes de convenios colectivos previos.

El Tribunal Constitucional en el Exp. N° 008-2005-PI/TC, Lima, el considerando c.3.4) sobre irrenunciabilidad de derechos, ha señalado: “(...) Así conforme se desprende de lo establecido en el inc. 2 del artículo 26 de la Constitución, la irrenunciabilidad solo alcanza a aquellos “(...) derechos reconocidos en la constitución y la ley”. No cubre, pues, aquellos provenientes de la convención colectiva de trabajo o la costumbre. (...) El Estado las hace valer únicamente por defecto u omisión en la expresión de voluntad de los sujetos de la relación laboral. Las normas más dispositivas se caracterizan por suplir o interpretar una voluntad no declarada o precisada y aclararla por defecto de manifestación; (...) Ante este tipo de modalidad normativa, el trabajador puede libremente decidir sobre la conveniencia, o no, de ejercitar total o parcialmente un derecho de naturaleza individual.

Citando a (NEVES MUJICA, 2003), manifiesta que el principio de irrenunciabilidad de derecho es justamente el que prohíbe que los actos de disposición del trabajador, como titular de un derecho, recaigan sobre normas taxativas, y sanciona con la invalidez la transgresión de esta pauta basilar”.

Según (CANELO DÁVILA, 2018), este principio se fundamenta en la necesidad de proteger al trabajador en tanto se encuentra en desventaja en la relación laboral, por estar en una posición de subordinación jurídica y dependencia económica.

Asimismo, (PACHECO ZERGA, 2014) cita por (CANELO DÁVILA, 2018), nos señala sobre el particular: “Actualmente se le considera el instrumento de garantía efectiva del disfrute de los derechos de contenido laboral por parte de quien ostenta en la relación de trabajo una posición de subordinación jurídica”.

En adición, en el ámbito del Derecho laboral, atendiendo a su carácter tuitivo y protector del trabajador, las normas jurídicas que reconocen derechos al trabajador tienen el carácter de normas de derecho imperativo o necesario por cuanto su contenido es orden público, en tanto reconoce un *mínimum invulnerable* (esfera de intangibilidad del trabajador) a favor del trabajador, orientado a proteger su dignidad como sujeto de trabajo en una relación jurídica donde el trabajador se encuentra en una posición de desventaja.

Finalmente, respecto al carácter irrenunciable de las indemnizaciones, autor (GARCIA MANRIQUE, 2018), señala que si las indemnizaciones son tutelas sustantivas que brinda el derecho laboral como medio de protección de los derechos subjetivos del trabajador, y en tanto cumplen una función de garantía o protección de los derechos laborales, consideramos que las mismas son irrenunciables”.

d) Principio de igualdad de trato y no discriminación

Se encuentra reconocido en el artículo 26°, inciso 1 de la Constitución vigente, en el cual se prescribe: “En la relación laboral se respetan los siguientes principios: 1. Igualdad de oportunidades sin discriminación”.

Para (CANELO DÁVILA, 2018) existe un bloque de normas constitucionales referidas a la igualdad como principio y derecho. Como derecho constitucional, en el inciso 2 del Art. 2°, de la Constitución, señala que toda persona tiene derecho a la igualdad ante la Ley, por ende, como tal deviene en el derecho subjetivo de obtener un trato igual y de evitar privilegios y las desigualdades arbitrarias.

Asimismo, la igualdad ante la ley obliga al Estado a asumir una determinada conducta al momento de legislar o de impartir justicia, para evitar su transgresión. Por eso, el artículo 103 de la Constitución señala que no se puede dictar leyes por razón de las personas, sino por la naturaleza de las cosas, y en el caso de impartir justicia, los jueces deben resolver igual en los casos iguales o similares (Principio de Predictividad).

Asimismo, para el autor, dicho principio, genera el deber por parte del estado de:

- ☞ Tratar en forma idéntica a destinatarios que se encuentran en situaciones o circunstancias idénticas.
- ☞ Tratar de modo enteramente diferenciado a destinatarios cuyas situaciones o circunstancias no comparten ningún elemento común.
- ☞ Trata de modo paritario (igual) a destinatarios cuyas situaciones o circunstancias presenten similitudes y diferencias, pero las similitudes sean más relevantes que las diferencias (trato igual a pesar de la diferencia); y,
- ☞ Tratar de modo diferenciado a destinatarios que se encuentren también en una posición en parte similar y en parte diversa, pero en cuyo caso, las diferencias sean más relevantes que las similitudes (trato diferente a pesar de la similitud).

Sobre este principio el Tribunal Constitucional ha señala: “cabe destacar que la no discriminación y la igualdad de trato son complementarias, siendo el reconocimiento de la igualdad el fundamento para que no haya un trato discriminatorio de esta forma, la igualdad de las personas nos incluye i) e principio de no discriminación, mediante el cual se prohíbe diferencias que no se pueda justificar con criterios razonables y objetivos; y dirigidas a la consecución, que se satisface mediante el cual se prohíbe diferencias que no se pueda justificar con criterios razonables y objetivos; y ii) el principio de protección, que se satisface mediante acciones especiales dirigidas a la consecución de la igualdad real o positiva⁹”.

e) Principio de continuidad

Este Principio parte de la base de que el contrato de trabajo es un contrato de tracto sucesivo que no se agota con una sola prestación, sino que tiene vocación de continuidad en el tiempo. Este principio busca la conservación del vínculo laboral en beneficio del trabajador hasta que surja una causal prevista en la Ley que origine su extinción.

Para (VÁSQUEZ VIALARD, 1986), comentando las bondades de este principio, nos dice: “produce beneficios no solo al trabajador, los indicados, sino también para la comunidad empresarial que tiene interés en evitar un alto grado de rotación de sus integrantes, dado el costo (no solo económico) que significan las tareas de reclutamiento, aprendizaje, experimentación de las personas que se incorporan a las mismas. Ello lleva por parte a que esa continuidad, que se traduce por lo general en una mayor experiencia, se concrete en un premio a la antigüedad (los llamados plus que se establecen en general en los convenios colectivos)”.

(CRISTALDO MONTANER, 2009), citado por (PLÁ RODRÍGUEZ, 1998), nos dice que el principio de continuidad se manifiesta de la siguiente manera:

- a) Preferencia por los contratos de duración indeterminada.
- b) Amplitud para la admisión de las transformaciones del contrato.
- c) Facilidad para mantener el contrato a pesar de los incumplimientos o nulidades en que se haya incurrido.
- d) Resistencia a admitir la rescisión unilateral del contrato, por voluntad patronal.
- e) Interpretación de las interrupciones de los contratos como simple suspensiones.
- f) Prolongación del contrato en caso de sustitución del empleador.

Resistencia a admitir la rescisión unilateral del contrato, por voluntad patronal. Para (PLÁ RODRÍGUEZ, 1998), quizá la principal expresión del principio de continuidad sea esta: la

⁹ Exp. N° 05652-2007-PA/TC-Lima (Fundamento 18)

resistencia a que el empleador pueda interrumpir el contrato por su sola voluntad. La tendencia predominante es que contrato de trabajo dure mientras se conserve el trabajo, porque cada vez es más firme y extendida, la convicción de que la relación de trabajo solo debe poderse disolver válidamente, cuando exista algún motivo justificado.

2.4.1.4. El derecho del trabajo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional

Según (CUBA VELAOCHAGA, 2017), el Tribunal Constitucional peruano ha definido el contenido esencial del derecho al trabajo, en su STC Exp. N° 1124-2001-AA/TC, de fecha 11 de setiembre de 2002, la que en su fundamento doce establece: “El contenido esencial del derecho al trabajo abarca dos aspectos: el de acceder a un puesto de trabajo, por una parte y la otra el derecho a no ser despedido sino por causa justa”. Es decir, nuestro Tribunal Constitucional, máximo intérprete de la Constitución y encargado de cautelar el respecto de la Constitucionalidad en el Estado, ha establecido como criterio jurisprudencia de observancia obligatoria que el derecho al trabajo tiene como contenido esencial el derecho de acceso y de permanencia en el empleo.

Para (AURIS GUTIÉRREZ, ARÉVALO VELA, & TOLEDO TORIBIO, 2018), el Tribunal Constitucional sobre **el deber de protección como contenido de la libertad de Trabajo**, señalan: El contenido de la libertad de trabajo puede ser entendido como la facultad de ejercer toda actividad que tenga como finalidad el sustento vital de la persona, siempre que esta realice una labor racionalmente aceptada por la moral y la salud pública y con el permiso del ente llamado por la ley a ejercer el control correspondiente. Siguiendo tal razonamiento este Tribunal Constitucional ha sostenido que: “(...) la libertad de trabajo, en cuanto derecho fundamental, detenta una doble fas. Por tanto, constituye derecho de defensa y, por tanto, derecho de protección. En cuanto derecho de defensa, proyecta su vinculatoriedad típica, clásica, oponible al Estado y a particulares, como esfera de actuación libre.

En cuanto derecho de protección, la libertad de trabajo reconoce a la persona el derecho a una acción positiva, que vincula al Estado a la protección activa del bien jusfuncional protegido - libre trabajo- a través del establecimiento de normas, procedimientos e instrucciones orientadas a hacer posible el ejercicio de tal derecho fundamental. En virtud de ello se constituye para el Estado y el poder público en general lo que el Tribunal Constitucional alemán ha denominado en su jurisprudencia como “deber de protección”. (cfr. STC N° 8726-2005-AA, Fundamento 7). Es más este deber de protección ha sido acogido por la doctrina jurisprudencial del Tribunal, al sostener en anterior oportunidad que: “(...) dado que la libertad de trabajo constituye también un derecho de protección, se configura un deber de protección de tal derecho, conforme al cual, el estado y las municipalidades deben desarrollar o adoptar normas, procedimientos e instrucciones, orientadas a la posibilidad de su real, efectivo y pleno ejercicio”.

Respecto al **Ámbito de protección del derecho a la Libertad de Trabajo**. El Tribunal Constitucional ha señalado: “(...) la Libertad de Trabajo constituye un derecho constitucional reconocido por el art. 2, inc. 15) de la constitución, cuyo contenido o ámbito de protección comprende el derecho de todo trabajador a seguir su vocación y a dedicarse a la actividad que mejor responda a sus expectativas, a la libre elección del trabajador, a la libertad para aceptar, o no, un trabajo, y a la libertad para cambiar o renunciar de empleo. En buena cuenta, el derecho a la libertad de trabajo posee una doble dimensión. Una positiva, que garantiza a las su sustento; y otra negativa, que consiste en la garantía de no ser obligado a ejercer una profesión o un oficio específico, así como la posibilidad de retirarse de una actividad o cambiar la forma en que se realiza.

Sobre la base de ello, debe precisarse que los programas de incentivos previstos en el Decreto Legislativo N° 1084, por sí solos, no son susceptibles de conculcar algún derecho fundamental, por cuanto el acceso a los beneficios de los programas de incentivos es voluntario y no obligatorio o coaccionado, es decir, quien quiere puede acogerse a ellos y quien no quiere no está obligado a hacerlo. En efecto, la decisión del trabajador es libre y ha de provenir de un examen de las ventajas y desventajas implícitas en la aceptación de los beneficios ofrecidos por los programas de incentivos, razón por la cual no puede considerarse que el plazo de dos años afecte el

derecho a la libertad de trabajo, pero durante dicho periodo de tiempo el trabajador evaluara las ventajas y desventajas que ofrecen los beneficios de los programas de incentivos para tomar una decisión (Exp. 000026-2008-PI/TC y N° 00028-2008-PI/TC).

2.4.1.5. El derecho del trabajo en los instrumentos internacionales.

De acuerdo con (CUBA VELAOCHAGA, 2017) los principales instrumentos internacionales que reconocen el derecho al trabajo, son:

2.4.1.5.1. Declaración Universal de los Derechos Humanos

Este instrumento internacional reconoce en su art. 23° que toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección del trabajo en condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo, y a la protección contra el desempleo.

2.4.1.5.2. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Establece la necesidad de salvaguardar el derecho a trabajar, de modo que todos tengan la oportunidad de ganarse la vida, logrando el bienestar social y económico que las personas necesitan para desarrollarse en toda sociedad.

2.4.1.5.3. Declaración Americana de los Derechos del Hombre

Señala que toda persona tiene derecho al trabajo en condiciones dignas y decidir libremente su vocación cuando lo permitan las oportunidades existentes del empleo.

2.4.1.5.4. Declaración sobre el Progreso y Desarrollo en lo Social de las Naciones Unidas

Esta declaración, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 11 de diciembre de 1969, obtuvo en sus conclusiones que se considere que el desarrollo social al que todos aspiramos exige que se garantice a todas.

2.4.1.5.5. Declaración de Filadelfia

Afirma que todos los seres humanos, sin distinción alguna, tienen derecho al trabajo y a perseguir su bienestar material y su desarrollo social en condiciones de libertad y dignidad, proclama de igual manera la igualdad de oportunidades que debe existir en materia de empleo.

2.4.1.5.6. Carta Social Europea

Según (GARCÍA FERNÁNDEZ, 1999), Este documento reconoce el ejercicio efectivo del derecho al trabajo, cuyo aseguramiento implica un nivel elevado de estabilidad de empleo.

2.4.2. LA ESTABILIDAD LABORAL

2.4.2.1. Evolución normativa de la estabilidad laboral

Según (SUÁREZ, 1978), la ruptura abusiva de la relación laboral provoca graves problemas, como el desempleo y una sociedad con obligación de buscar ocupación y que para solucionar este problema surge en la segunda postguerra mundial la tendencia a lograr la estabilidad en el empleo.

Desde aquí comienza a postularse la tesis de la permanencia de la relación de trabajo, mientras subsistan las condiciones que le dieron origen. La duración de la relación de trabajo es indefinida y para su discusión es necesario una causa razonable.

Al respecto, (DÍAZ, 1990) nos da una breve referencia de algunas normas a considerar relevantes en el desarrollo de la estabilidad laboral como institución en nuestro país, lo cual podemos esquematizar de la siguiente manera:

- ☞ Ley N° 4916 (1924): Si no hay relación mediante instrumento público, cualquiera de las partes puede dar por fenecido el contrato, avisando con 90 días de anticipación si el que decide romper con el vínculo es el patrón y 45 días si es el empleado, existiendo derecho a compensación de sueldos.
- ☞ Decreto Ley N° 11377 (1950): Reconoce la estabilidad para los trabajadores del sector público.
- ☞ Decreto Ley N° 14221 (1962): Para poner término a los servicios de un obrero, el empleador deberá darle previo aviso con plazo de 15 días.
- ☞ Ley N° 14857 (1964): Deroga el decreto Ley anterior.
- ☞ Decreto Ley N° 18471 (1970): Establece causales para el despido de los trabajadores sujetos al régimen de la activada privada. establece mecanismo de reposición o indemnización a elección del trabajador si la causa de despido no fuera probada.
- ☞ Decreto Ley N° 22126 (1978): Ampara derecho a mantener vínculo laboral y señala las causales de su rescisión; sin embargo, incrementa el periodo de prueba a 3 años. Se incluyen nuevas causales como la de huelga, disminuyo el plazo para solicitar reposición, se disminuyeron las instancias, etc.
- ☞ Ley N° 24514 (1986): Regula la estabilidad laboral para quienes hayan superado el periodo de prueba de 3 meses.

2.4.2.2. Definición

Según (MORILLO VILLAVICENCIO, 2019), la estabilidad laboral es un derecho derivado del reconocimiento del principio de continuidad de las relaciones laborales. Es una de las características más importantes que los trabajadores han buscado otorgarle al Derecho Laboral y que les permite dejar de lado la incertidumbre de ser retirados de sus puestos de trabajo en cualquier momento; cuestión importante por lo necesario que es el trabajo para la obtención de los recursos suficientes para sobrevivir y sostener la familia.

En ese sentido, (DÍAZ, 1990) citado por (MORILLO VILLAVICENCIO, 2019), señala: La estabilidad laboral tiende a otorgar un carácter permanente a la relación de trabajo donde la disolución del vínculo laboral depende únicamente de la voluntad del trabajador y solo por excepción de la del empleador o de las causas que hagan imposible su continuación, de la que se desprende que la estabilidad constituye un derecho para el trabajador, que, por supuesto, le exige el cumplimiento de obligaciones inmersas en la naturaleza contractual del contrato. No constituye un derecho del empleador porque significaría retornar a etapas superadas de trabajo forzoso.

Sin embargo, para (DE LA CUEVA, 1964) citado por (BLANCAS BUSTAMANTE, 2013), la estabilidad de los trabajadores en los empleos comprende dos modalidades: la permanencia, persistencia o duración indefinida de las relaciones de trabajo y la existencia de una causa razonable para su disolución. La primera parte de estas modalidades es la esencia misma de la estabilidad de los trabajadores en los empleos y la segunda es su seguridad o garantía; si esta seguridad falta, la estabilidad sería de mera ilusión.

En otro sentido, (DE BUEN, 1990) señala sobre la estabilidad laboral que es el derecho a conservar el trabajo hasta su determinación “natural”; en otras palabras, el patrón, por regla general, no puede dar por terminada la relación laboral caprichosamente.

En este sentido, (BLANCAS BUSTAMANTE, 2013), afirma: la estabilidad en el trabajo, concebida como el derecho del trabajador a no ser despedido sin causa justa o como una limitación a la facultad de poner término discrecionalmente a la relación de trabajo, tiene como fundamento el

principio de continuidad y que, mas aun, lo presupone, ya qe careceria de toda logica establecer esta garantia contra el despido ad ntum si la relacion de trabajo, como regla general, se pactara por tiempo determinado, en forma independiente de la naturaleza de la labor realizada.

En ese sentido, existen distintos puntos de vista sobre la estabilidad laboral; sin embargo, consideramos que se define como la permanencia en el trabajo y la proteccion brindado por la Ley ante un despido caprichoso por parte del empleador.

2.4.2.3. Fundamentación jurídica

Según el profesor(BLANCAS BUSTAMANTE, 2013), la estabilidad laboral se sustenta en el Derecho al trabajo, en el Principio de Continuidad y en la Garantía de los Derechos Colectivos.

A continuación, desarrollamos lo dicho por el Profesor BLANCAS respecto a las instituciones que considera como fundamento de la estabilidad laboral.

2.4.2.3.1. El derecho al trabajo

Según (BLANCAS BUSTAMANTE, 2013), algunos autores como (DE BUEN, 1988), encuentran el fundamento jurídico de la estabilidad laboral en el “derecho al trabajo”, que numerosas constituciones y legislaciones de diversos estados han consagrado en forma expresa y, a veces, solemne. Afirma el destacado tratadista que el derecho al trabajo presenta, sin duda alguna, varias formas de manifestaciones. Podríamos hablar, en primer término, del derecho a adquirir un empleo, en segundo lugar, el derecho a conservar un empleo.

A juicio del mismo actor, este segundo aspecto o manifestación del derecho del trabajador “Se traduce en una fórmula que podría ser la siguiente: todo trabajador tiene derecho a conservar el empleo, salvo que hubiera una causa justa para privarle de él. Este principio se identifica como el de la estabilidad en el empleo”.

En adición, (MORILLO VILLAVICENCIO, 2019), quien también considera al trabajo (como derecho y deber), como fundamento de la estabilidad laboral, señala: El trabajo es considerado derecho porque sobre la base del es que el hombre puede subsistir y su deber porque mediante este se coadyuva al desarrollo de la sociedad. El trabajo es indispensable para el hombre y la sociedad, por lo que su naturaleza es doble al ser un instrumento de desarrollo y cambio. Solo a través del trabajo se puede hacer efectivo el aprovechamiento de nuestras riquezas y se puede hacer uso de nuestras capacidades, por lo que privación del mismo de manera arbitraria contraria la necesidad que tiene el hombre y la sociedad del mismo.

2.4.2.3.2. Principio de Continuidad

Según (PLÁ RODRÍGUEZ, 1998) citado por (MORILLO VILLAVICENCIO, 2019), para comprender este principio debemos partir de la base de que el contrato de trabajo es un contrato de tracto sucesivo, o sea, que la relación laboral no se agota mediante la realización instantánea de cierto acto, sino que dura en el tiempo.

Es también planteado como “principio de estabilidad laboral” en el doctrina, el cual reconoce la naturaleza permanente de las relaciones labores, las cuales no pueden ser cortadas en cualquier momento, debido a la necesidad que tienen el trabajador y el empleador de la misma. Este principio busca incorporar a la relación laboral la permanencia de la satisfacción de necesidades para el trabajador y la incorporación del mismo al centro de labores, de modo que se encuentren en una relación cierta y estable que garantice su adecuado y óptimo desarrollo.

Asimismo, el reconocimiento de este derecho garantiza seguridad económica y tranquilidad psicológica para el individuo y su familia, quienes tienen n medio estable de obtención de recursos para su desarrollo.

2.4.2.3.3. Garantía de los Derechos Colectivos

De acuerdo con lo que venido hablando, la estabilidad laboral al asegurar la permanencia del trabajador en la empresa, protegiéndolo del despido arbitrario, le garantiza el ejercicio de sus derechos colectivos y libertades sindicales.

Esta perspectiva es tan válida y real que en muchas legislaciones en que no existe régimen de estabilidad laboral, se han adoptado, sin embargo, medidas de protección contra el despido arbitrario de los dirigentes sindicales, para (ERMIDA URIARTE, 1994) se cataloga como estabilidad absoluta transitoria, toda vez que nace del fuero sindical, que es de naturaleza temporal.

Por otro lado, a lo antes señalado, (MORILLO VILLAVICENCIO, 2019), incluye también: a la dignidad de la persona humana, el principio de *in dubio pro operario* y el rol tuitivo del Derecho Laboral, como fundamentos de la estabilidad laboral. Por lo que lo pasamos a desarrollar.

En ese sentido, la actora señala: para entender si existe suficiente sustento constitucional o legal para la estabilidad laboral, primero debe tenerse en cuenta que no es correcto que nos ciñamos a la interpretación literal de las normas constitucionales, las cuales deben ser comprendidas en conjunto con los valores constitucionales que orientan nuestra sociedad, de suma importancia para el orden constitucional.

2.4.2.3.4. La dignidad de la persona humana

Señala (PLÁ RODRÍGUEZ, 1998) que: “Para comprender este principio debemos partir de la base de que el trabajo es un contrato de tracto sucesivo, o sea, que la relación laboral no se agota mediante la realización instantánea de cierto acto, sino que dura en el tiempo”.

Es también planteado como “Principio de estabilidad laboral” en la doctrina, el cual reconoce la naturaleza permanente de las relaciones laborales, las cuales no pueden ser cortadas en cualquier momento, debido a la necesidad que tienen el trabajador y el empleador de la misma.

2.4.2.3.5. El principio de *in dubio pro operario*

La interpretación de la norma, en caso de duda o ambigüedad, debe realizarse siempre en favor del trabajador, puesto que este requiere de la protección del derecho ante la decisión de subordinación del derecho ante la situación de subordinación en la que se encuentra. Es extensión del principio *in dubio pro homine*, el cual reconoce a favor del hombre cualquier interpretación o aplicación.

2.4.2.3.6. El rol tuitivo del Derecho Laboral

El rol tuitivo del Derecho Laboral identifica la protección preferente al trabajador como consecuencias de desventaja en la que este se encuentra, por lo que la regulación laboral debiera estar dirigida a la protección del mismo ante los poderes que les son reconocidos al empleador. De dicho modo, el Derecho del Trabajo no puede servir para legitimar las prácticas de empleadores que abusan de su derecho, sino que debe responder a las necesidades de los trabajadores que se desarrollan en contexto económico-social complejo en el que el desempleo y la informalidad son algunos de los grandes problemas que continúan generando pobreza en nuestro país (MORILLO VILLAVICENCIO, 2019).

2.4.2.3.7. El trabajo como un derecho y un deber

Él es considerado un derecho porque sobre la base de él es que el hombre puede subsistir y un deber porque mediante este coadyuva al desarrollo de la sociedad. El trabajo es indispensable para el hombre y la sociedad, por lo que su naturaleza es doble al ser un instrumento de desarrollo y cambio. Solo a través del trabajo se puede hacer efectivo el aprovechamiento de nuestras riquezas y se puede hacer uso de nuestras capacidades, por lo que la privación del mismo de manera arbitraria contraria la necesidad que tiene el hombre y la sociedad del mismo.

Que el estado legitime el establecimiento de relaciones laborales de manera temporal solo impide que exista una cadena continua en la que el deber y derecho tenga un efectivo correlato; ya que, si bien es un deber del hombre trabajar, el Estado debe prever lo necesario para no privar al trabajador de su acceso y para mantenerlo en el mismo (MORILLO VILLAVICENCIO, 2019).

2.4.2.4. Régimen de estabilidad laboral en el Perú

La actual constitución política del Perú incorpora el artículo 27° al que ya hemos hecho referencia anteriormente, el cual establece que se protegerá: “de manera adecuada” al trabajador despedido arbitrariamente, no identificándose referencia alguna al reconocimiento de la estabilidad laboral. Sobre esa disposición es que existen diversas interpretaciones en torno a lo que la Constitución reconoce. La incorporación de una norma como tal hace que tanto el legislador como el Juez puedan tener dudas respecto al efectivo reconocimiento de la estabilidad laboral, así como respecto a los mecanismos que se consideran adecuados para la protección del trabajador, lo que a la vez genera una aplicación incierta de la misma (MORILLO VILLAVICENCIO, 2019).

A diferencia de lo anterior, la constitución de 1979 hace referencia expresa a la estabilidad laboral, dando rango constitucional a la protección de dicho derecho para el trabajador.

Así, en la **Constitución de 1979** la estabilidad laboral se encontraba reconocida expresamente en su Artículo 48°, que señalaba “El Estado reconoce el derecho de estabilidad en el Trabajo. El trabajador solo puede ser despedido por causa justa, señalada en la Ley y debidamente comprobada”; mientras que en la **Constitución de 1993**, no se reconoce expresamente pero en su artículo 27°, establece que “La Ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario.”

En esta misma línea, (MORILLO VILLAVICENCIO, 2019) precisa que el reconocimiento de la estabilidad laboral se dio recién en la Constitución de 1979, no existiendo antecedente normativo, sobre dicho reconocimiento. Es por ello, que en la doctrina mucho se discute que la emisión de la Constitución de 1993 significa un retroceso en la protección de este derecho, y fue objeto de una decisión política de parte del Estado liberal, sustentada en un cambio de constitución, la cual flexibilizó la situación de protección laboral y hoy los obligados a la interpretación del texto constitucional recaen en los jueces y doctrinarios.

No existiendo conclusiones concretas sobre la premisa de una protección adecuada contra el despido arbitrario; lo cierto es que la Constitución de 1993 no reconoce literalmente la estabilidad laboral como derecho, sino que deja abierto el debate para el establecimiento de los “mecanismos idóneos” (MORILLO VILLAVICENCIO, 2019).

2.4.2.5. Clases de estabilidad laboral

En la doctrina nacional se distinguen dos clases de estabilidad: a) la estabilidad relativa y b) la estabilidad absoluta. Siendo la primera, la de más uso en el derecho laboral sudamericano. Sin embargo, a pesar de su diferenciación desde su definición, clasificación y hasta la forma de protección en cada una; ambas deben ser vista de la misma manera, esto debido a que existen por cuestiones jurídicas y económicas, pero es el Derecho al Trabajo -que es su principal razón de ser- el que necesita mayor protección y distintas formas de análisis; esto debido a la globalización y la tecnología, que aparecen como aliados de los empleadores y en el futuro puede determinar la desaparición de este Derecho como hasta ahora se conoce.

Sobre el particular, (SUÁREZ, 1978) hace la siguiente clasificación:

2.4.2.5.1. Estabilidad relativa (tutela resarcitoria)

a) Propia: Se declara la nulidad del despido sin reposición efectiva. Se otorga pago de las remuneraciones devengadas más intereses y la indemnización respectiva.

b) Impropia: Solo reconoce la indemnización. El despido no se declara nulo. Es el sistema que predomina en el Perú. Procede contra despido arbitrarios; sin embargo, el TC ha establecido varios supuestos en que los despidos arbitrarios merecen la reposición.

2.4.2.5.2. Estabilidad absoluta (tutela restitutoria)

Ante la terminación del contrato de trabajo no prevista en la Ley, se ordena la nulidad del despido y la reposición, dando posibilidad al trabajador de optar por la indemnización.”

2.4.2.6. La estabilidad laboral según el Tribunal Constitucional

Sobre El Tribunal Constitucional en la STC N° 0025-2007-PI/TC, señalo:

“La doctrina laboralista ha señalado que el derecho a la estabilidad laboral comprende dos aspectos: por un lado, la estabilidad laboral de entrada, referido a la preferencia por la contratación de duración indefinida sobre la temporal, reflejada en la autorización de celebrar contratos temporales nicamente cuando la labor a cumplir sea de tal naturaleza; y, por otro, la estabilidad laboral de salida, referida a la prohibición de despido arbitrario o injustificado. Sin embargo, el derecho a la estabilidad laboral, como todos los derechos fundamentales, no puede ser considerado como un derecho absoluto, sino que puede ser ilimitado mediante una ley, siempre que no se vulnere su contenido esencial. Así, respecto a la protección constitucional del derecho a la estabilidad laboral, el Tribunal Constitucional ha determinado que mediante dicho precepto constitucional no se consagra el derecho a la estabilidad laboral absoluta, es decir, el derecho a no ser despedido arbitrariamente. Solo reconoce el derecho del trabajador a la protección adecuada contra el despido arbitrario.”

Asimismo, el Tribunal Constitucional ha venido declarando fundadas numerosas demandas de reposición laboral por despidos, asumiendo una interpretación favorable al trabajador y otorgándole tutela restitutoria, a través de los procesos de amparo, a quienes eran privados de continuar con las labores que les permiten tener los recursos suficientes para sobrevivir. Es así que en el Expediente N° 0139-2004-AA/TC, (Fundamento 2 a 4) ha señalado: “2. Al haber acreditado el demandante que laboro para la entidad demandada de forma permanente y en condiciones de dependencia, le asistía el derecho a la estabilidad laboral que contempla el artículo 1 de la Ley N° 24041, sustentada en el principio de condición más beneficiosa, impuesto por la propia naturaleza tuitiva de nuestra constitución, que ha consagrado al trabajado como un deber y un derecho, base del bienestar social y medio de realización. 3. Siendo ello así, el demandante solo podía ser despedido por las causas previstas en el Capítulo V del Decreto Legislativo N° 276, por lo que la decisión de la demandada de dar por concluida la relación laboral sin observar el procedimiento antes señalado, resulta violatoria de los derechos constitucionales al trabajo y al debido procedimiento. 4. En actos no se ha probado que la entidad emplazada haya designado al recurrente en un cargo de confianza según lo establece el artículo 50 de la Ley orgánica de municipalidades, norma que especifica cuáles son los cargos de confianza en las entidades edilicias”.

2.4.3. EL DESPIDO

2.4.3.1. Evolución histórica

(COAGUILA MITA, 2016) en su tesis de Maestria de Derecho Constitucional, en la escuela de post grado de la Universidad José Carlos Mariategui, titulada: *“La Adecuada Proteccion en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional 2003-2013”*, señala:

En 1970, el Decreto Ley N° 18471¹⁰, dictado por el gobierno militar revolucionario, introdujo en nuestro ordenamiento un régimen de estabilidad laboral absoluta, en virtud del cual todo trabajador, sujeto a un contrato de trabajo de duración indeterminada, que hubiera superado el periodo de prueba de tres meses, solo podía ser despedido por alguna de las causas taxativamente señaladas en la ley. Por otra parte, la reducción de personal, solo podía efectuarse previa

¹⁰ Dictado el 10 de noviembre de 1970.

autorización expresa de la autoridad de trabajo al empleador que debía acreditar ante esta su justificación.

Tras casi ocho años de vigencia, este régimen fue sustancialmente modificado por el Decreto Ley N° 22126¹¹, que agregó al periodo de prueba un periodo, adquisitivo de la estabilidad en el trabajo, que se alcanzaba a los tres años de iniciada la relación laboral, salvo en el caso de los dirigentes sindicales y amplió la enumeración de las faltas graves, con algunas figuras discutibles y ambiguas. Al mismo tiempo, con la finalidad de estimular la opción por la compensación pecuniaria, elevo la indemnización por despido a doce remuneraciones mensuales, aunque estableció un tope al monto de estas para efectos indemnizatorios, y mantuvo el derecho del trabajador a optar entre su reposición o la indemnización.

Tras esta etapa, en que la legislación en materia de despido fue establecida por normas emanadas de un régimen de facto, la Constitución de 1979, surgida de la asamblea constituyente elegida en 1978, atribuyo a la estabilidad laboral al rango de norma constitucional, al señalar en su artículo 48°: “El Estado reconoce el derecho de estabilidad en el Trabajo” El trabajador solo puede ser despedido por causa justa, señalada en la ley y debidamente comparada”.

Este precepto constitucional origino, a su vez, aunque varios años después una nueva ley sobre la estabilidad laboral, la Ley N° 24514¹², que restableció la adquisición del derecho al término del periodo de prueba de tres meses, instauró un procedimiento de defensa previo al despido, fortaleció las garantías formales que rodean el despido, estableció una nueva escala indemnizatoria que condiciono el monto de la indemnización a la antigüedad del trabajador y elimino los topes remunerativos, y, finalmente, estableció la posibilidad de que el juez suspendiera provisionalmente el despido, hasta concluir el proceso judicial, entre otros cambios significativos, acordes con el modelo de estabilidad laboral absoluta plasmado en la constitución(BLANCAS BUSTAMANTE, 1991).

Tras el golpe de estado del 5 de abril de 1992 y la promulgación de la Constitución de 1993, el derecho a la estabilidad en el trabajo perdió su jerarquía constitucional y en su lugar, el artículo 27° de la actual constitución estableció que: “La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario”. Este cambio constitucional dio carta libre al régimen del señor Fujimori para modificar ampliamente la normativa sobre el despido, en el marco de una vasta reforma laboral, atribuida a na orientación “flexibilizadora” que, sin embargo, con acierto técnico y lingüístico vale decir, sin eufemismos (ERMIDA URIARTE, 1994) calificó como “des-regulación salvaje”.

2.4.3.2. Definición

(ALONSO GARCIA, 1981) citado por (BLANCAS BUSTAMANTE, 2013), define el despido como “el acto unilateral de la voluntad del empresario por virtud del cual este decide poner fin a la relación de trabajo” y, en sentido semejante, (ALONSO OLEA & CASAS BAAMONDE, 1995), también citado por Blancas Bustamante lo concibe como “la resolución del contrato de trabajo por voluntad unilateral del empresario”.

Como lo destaca el primero de estos dos autores, en un sentido estricto y rigurosamente técnico, el concepto de despido ha de referirse a la extinción que se produce por voluntad unilateral del empresario “exista o no causa justificada”.

Coinciden estas opiniones, en destacar el rol decisivo que juega la voluntad unilateral del empleador en el despido, en forma independiente a la existencia o ausencia de causa justificada o a cual fuera esta, calificando con dicha expresión a toda extinción de la relación de trabajo que reconozca en la voluntad del empleador su fuente productora.

¹¹ Dictado el 21 de marzo de 1978.

¹² Promulgada el 05 de junio de 1986.

Según (ARCE ORTIZ, 2013), es un acto unilateral y recepticio que contiene la voluntad extintiva del empleador. El despido, según la Ley peruana, es un acto extintivo de aplicación individual y que debe ser comunicado por escrito. Además, como ya se dijo, el acto de despido requiere causa justa y seguir un procedimiento tasado en la Ley.

Asimismo, para dicho autor el despido tiene efectos inmediatos, por lo cual se presume su validez del acto extintivo. Esto de acuerdo al artículo 22 de la LPCL, que señala la demostración de la causa de despido le corresponde al empleador dentro del proceso judicial (control Ex Post).

El despido, según la ley peruana, es un acto extintivo de aplicación individual y que debe ser comunicado por escrito. Además, como ya se dijo, el acto de despido requiere causa justa y seguir un procedimiento tasado en la ley.

De las definiciones dadas podemos apreciar un elemento interesante que solamente ha sido señalado por Cabanellas y es el referido a que este tratadista no califica el despido como un simple “Acto Unilateral”, sino como un “derecho del empleador” que le otorga la potestad de resolver la relación contractual surgida con el trabajador como consecuencia de la celebración del contrato de trabajo (CUBA VELAOCHAGA, 2017).

Coincidimos con el autor, porque si bien el despido es un derecho del empleador, el mismo no es un derecho absoluto, ya que posee limitaciones; sin embargo, dichas limitaciones no anulan su calidad de derecho o facultad del empleador.

2.4.3.3. Clases de despido

Respecto a la clasificación de despidos, nos permitimos citar la clasificación efectuada por el tratadista (ALONSO GARCIA, 1981) citado por (CUBA VELAOCHAGA, 2017), quien clasifica al despido del siguiente modo:

2.4.3.3.1. Por la existencia o no de causa:

a) Despido causal o justificado: son aquellos en los que el ordenamiento jurídico les atribuye fuerza suficiente para que la relación laboral pueda ser resuelta por el empleador. Distinguiéndose entre:

- ☞ **Despido fundado en causa dependiente** de la voluntad del trabajador, reflejada en un incumplimiento, por la naturaleza recíprocas de las obligaciones del contrato de trabajo, lo cual otorga al empleador posibilidad de resolución.
- ☞ **Despido fundado en causa independiente** de la voluntad del trabajador, determinada por la imposibilidad de cumplir con la prestación, no teniendo que ver con la excesiva onerosidad de la misma.

b) Despido no causal o injustificado: conocido también por la doctrina como despido *ad nutum*, toda vez que la legislación no le reconoce efectos jurídicos hasta el pago de una indemnización, y que se da por el simple ejercicio del poder empresarial.

2.4.3.3.2. Por la naturaleza de los hechos determinantes del despido:

a) Individual: En el que no define la significación del mismo el hecho de afectar a un solo trabajador, sino el que la causa que lo produce lo es en cuanto afecta al trabajador o trabajadores despedidos aisladamente, singularmente. A su vez, los despidos individuales pueden serlo por causas que supongan incumplimiento del trabajador –los que la doctrina conceptúa como despidos disciplinarios-, o por causas o hechos independientes de la voluntad de los sujetos de la relación –despidos por fuerza mayor.

b) Colectivo: Caracterizado por producirse a consecuencia de hechos que van referidos al trabajador, no en cuanto individuo aisladamente considerado, sino en cuanto grupo o colectividad.

2.4.3.3.3. Por la forma de manifestarse:

a) Expreso: El cual se da en virtud a un acto formal de notificación, mediante el cual se hace saber al trabajador la voluntad empresarial de dar por terminada la relación, pudiendo dentro de esta forma expresa hablarse de notificación verbal o escrita.

b) Tácito: En este caso, el despido ha de deducirse de hechos que, sin consistir en la recepción de la notificación, impidan claramente la ejecución de la prestación al trabajador y revelen la intención empresarial de resolver la relación.

2.4.3.3.4. Por los efectos que le atribuye el ordenamiento jurídico:

a) Nulo: son aquellos que se producen al incumplimiento de requisitos formales exigidos a efectos de llevarlo a cabo, independientemente de que exista o no causa justa.

El efecto inmediato de la nulidad es la penalidad que se impone al empleador de readmitir al trabajador en su puesto de trabajo, además de abonarle los salarios correspondientes a los días transcurridos desde la fecha del despido hasta producida la readmisión.

b) Improcedente: será improcedente el despido cuando, pese a haberse observado los requisitos formales inherentes al mismo, no se consideran suficientes las causas en que se pretende fundar, o dichas causas no han sido debidamente probadas. La declaración de improcedencia supone para la empresa la condena alternativa de readmitir al trabajador o de abonarle una indemnización.

c) Procedente: El despido será procedente cuando este haya sido basado en causa justa debidamente probada por la norma que regule las causales de procedencia del despido en cada ordenamiento; en cuyo caso se dará por terminada la relación laboral sin derecho a indemnización.

Este tipo de despido no debe confundirse con lo que la doctrina laboral denomina el “Jus variandi que constituye la potestad conferida al empleador de modificar unilateralmente, la forma, modo o lugar de brindar la prestación laboral en aras del interés de la protección”.

En adición, y de acuerdo con (NEVES MUJICA, 2016), el artículo 34 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, recoge dos tipos de despidos, el arbitrario y el nulo, dividiéndose en doctrina el primero en Despido Incausado (no se expresa la causa de despido) y Despido Injustificado (se expresa causa pero no se acredita en juicio); asimismo, mientras que el primero se repara mediante una indemnización por despido arbitrario, el segundo, se repara a elección del trabajador mediante una indemnización o con la reposición a su centro de trabajo.

2.4.3.4. Causas justas de despido

Según (ARCE ORTIZ, 2013), no todas las causales de extinción del contrato de trabajo a que se refiere el artículo 16° de Ley de Productividad y Competitividad Laboral (LPCL) N° 728 revelan un conflicto de intereses tan fuerte como cuando el empleador ejerce la facultad extintiva de manera unilateral. Ni el fallecimiento del trabajador o empleador, ni la jubilación como mecanismo de retiro, ni la renuncia del trabajador, ni el consentimiento de partes, han igualado la transcendencia social y académica de las figuras extintivas que residen en la voluntad empresarial.

En este marco, es evidente que la regulación laboral ha perseguido como finalidad la de prohibir la terminación del contrato de trabajo de modo arbitrario, capricho, injustificado o libre. Más aun, sabiendo que estas extinciones dependen únicamente de la voluntad del empleador. Y ello es razonable, por cuanto en un Estado de Derecho Democrático y Social no se pueden admitir comportamientos irracionales en perjuicio de los trabajadores.

Por otra parte la terminación por causas objetivas requiere causas que la respalden, en la medida que puedan basarse en causas económicas, tecnológicas, estructurales o análogas, caso fortuito, fuerza mayor, reestructuración patrimonial, quiebra y todos los supuestos enumerados en el artículo 46° de la LPCL. Dicha causal se verifica de acuerdo al procedimiento administrativo regulado por la LPCL, luego del cual se le autoriza o no al empleador poder ejercer la terminación por causas objetivas.

Lo cual para (ARCE ORTIZ, 2013), supondría “una opción clara por alentar el crecimiento de la producción empresarial, aun a costa del interés del trabajador de mantener su empleo”.

2.4.3.4.1. Causas relacionadas con la conducta

El artículo 24° de la LPCL son causas justas relacionadas con a la conducta del trabajador:

a) Condena por delito doloso:

Según (ARCE ORTIZ, 2013) por condena penal se tiene que entender la sentencia condenatoria que pone fin al proceso penal correspondiente (artículo 27° LPCL), sin importar si dicha condena definitiva va acompañada de una pena privativa de libertad efectiva o no, por lo demás, si tiene como sujeto pasivo del delito al empleador¹³. Lo relevante sería que la sentencia condenatoria quede firme. Esto último, no hace pensar que es plenamente aplicable el Principio de Presunción de Inocencia.

Agrega que, la sentencia condenatoria final no extingue por si misma el vínculo, pues debe sumarse a ella la decisión de despedir del empleador. Y, obviamente, operan todas las garantías del Proceso sancionador de despido (carta de preaviso, principio de inmediatez, posibilidad de presentar sus descargos, carta de despido, etc.)(UGAZ OLIVARES & HIGA GARCIA, 2012). De ahí -como el autor- entendemos que la fecha en que se configura el despido no es el día en que se expidió la sentencia ni el día en que el empleador toma conocimiento de la misma, sino que será la fecha que consta en carta en que se comunica la extinción al trabajador.

b) Inhabilitación del trabajador:

Esta causal se encuentra regula en el art. 24.c de la LPCL. Según (ARCE ORTIZ, 2013) la imposibilidad sobreviniente de que el trabajador cumpla con el contrato de trabajo justifica por sí misma la extinción. Eso sí, la inhabilitación debe tener una duración de tres meses o más, pues si es inferior solo acarrea la suspensión del contrato¹⁴.

Al igual que en el caso anterior, el actor, señala que la inhabilitación judicial o administrativa no extingue por si misma el vínculo laboral, sino que debe añadirse la decisión de despedir del empleador. Una vez conocida la inhabilitación, el empleador puede despedir, no obstante si no decide hacerlo, se entenderá perdonado por este. Sin embargo, no en todos los casos debe entenderse de ese modo, toda vez que si es inhabilitado para conducir, es decir, se le suspende su licencia de conducir por autoridad administrativa competente, resulta fuera de sentido, que el empleador pueda mantenerlo en su trabajo, que luego de todo le causara un perjuicio económicos por las sanciones que puedan recaerle por permitirle conducir cuando su licencia se encuentra suspendida. Sin embargo, es entendible lo dicho por el autor, si se le perdona al trabajador pero se le cambia de puesto, es decir, deja de conducir y ahora es supervisor o cobrador (ARCE ORTIZ, 2013).

¹³ Expediente N° 01807-2007-AA/TC

¹⁴ Artículo 28 LPCL.

c) La comisión de falta grave:

Si bien las anteriores causas de despido, tienen en común con el despido por falta grave, el hecho de que se relacionan con la conducta de trabajador; la comisión de falta grave, se sanciona directamente por el propio empleador dentro de la relación laboral, sin embargo las anteriores causas son impuestas por órgano o entidad externa (ARCE ORTIZ, 2013).

Asimismo, el art. 25 de la LPCL define a la falta grave como la infracción por el trabajador de los deberes esenciales que emanan del contrato, de tal índole, que haga irrazonable la subsistencia de la relación.

Ese sentido, (ARCE ORTIZ, 2013) señala que no se trata de cualquier incumplimiento sino de uno muy específico: i) incumplimiento de deberes esenciales e ii) incumplimiento contractual. Por el primer tipo habrá que entender los deberes centrales del trabajador, tales como el deber de poner a disposición del empleador su fuerza de trabajo en el marco de obediencia, de buena fe y de diligencia. Por su parte, por incumplimiento contractual no solo se puede entender las cláusulas pactadas en el contrato suscrito con el empleador, sino también las normas laborales que le son aplicables a esta relación jurídica.

Obstante la amplitud de la definición abstracta de falta grave, el principio de tipicidad y legalidad de la falta grave hace que el listado que contiene el artículo 25° deba entenderse como una “lista cerrada”.

Asimismo, (BLANCAS BUSTAMANTE, 2013), afirma que el incumplimiento debe ser grave y atribuible a dolo o a negligencia inexcusable del trabajador.

Son faltas graves:

Incumplimiento que supone el quebrantamiento de la buena fe laboral:

Esta causal se encuentra regulada en el inc. 1, del art. 25 de la LPCL y refiere claramente a la falta de negligencia.

Según (ARCE ORTIZ, 2013) el deber de buena fe laboral se orienta a exigir otros comportamientos, sin los cuales el contrato de trabajo no conseguiría su objeto económico (por ejemplo, no recibir propinas ni coimas para impedir el cumplimiento correcto de la prestación). De ahí, precisamente, la naturaleza de su contenido autónomo y diferenciado del deber de diligencia.

Asimismo, precisa que cuando se trata de una falta al deber de diligencia del trabajador, evidentemente, esta falta podrá ser hecha por comisión como por omisión. En ese sentido, diversa jurisprudencia se ha pronunciado al respecto en ese mismo sentido¹⁵, por cuanto existe incumplimiento a una obligación pactada en el mismo contrato, cuando, por ejemplo, el trabajador incumple con utilizar los equipos de seguridad y salud en el trabajo determinados para su función específica.

Reiterada resistencia a las órdenes relacionadas con las labores:

Para (ARCE ORTIZ, 2013) una de las características básicas de toda relación laboral es la subordinación. El empleador, que dirige la prestación, tiene la potestad de dar órdenes a su trabajador a fin de lograr sus objetivos empresariales.

Asevera, que el trabajador mantendrá siempre su derecho de resistirse al cumplimiento de órdenes que exceden desproporcionadamente las fronteras del contrato de trabajo. Tales como órdenes delictivas, las que afectan derechos irrenunciables del trabajador, las órdenes imposibles, las que ingresan a su vida privada sin razón, las que entrañan peligro para la salud o la vida del trabajador, las que lesionan derechos profesionales (desobediencia técnica), etc.

¹⁵ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia en la Casación N° 92-2002-Lima.

En adición, señala que las órdenes pueden llegar a través de dos vías. En primer lugar, mediante medidas o instrumentos del empleador o quien este delegue sus poderes directivos. En segundo lugar, a través de normas dictadas unilateralmente por el empleador.

☞ **Reiterada paralización intempestiva de las labores:**

Para (ARCE ORTIZ, 2013), este supuesto de falta grave alude a interrupciones de la prestación de trabajo sin notificar de este hecho al empleador. En algunos casos podrán ser paralizaciones individuales, mientras en otros serán colectivas. En las primeras, un trabajador decide por sí solo interrumpir su servicio unilateralmente sin previo conocimiento del empleador. Aquí, creo que podríamos estar también ante un incumplimiento de obligaciones laborales que suponen un quebrantamiento de la buena fe laboral. Es decir, ante un incumplimiento del deber de diligencia.

Agrega que en la segunda, las paralizaciones involucran a varios trabajadores. Y es en este supuesto, sobre todo, donde esta causal despliega toda su fuerza. Lo que el legislador quiere evitar es que se realicen huelgas irregulares o desprovistas de requisitos formales. Como se sabe, el artículo 81 de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo prohíbe las huelgas irregulares tales como las llamadas “huelgas intempestivas”, en las que se abandona el centro de trabajo pero se incumple la comunicación al empleador y a la Autoridad de Trabajo por lo menos cinco días antes de iniciada la paralización o por lo menos 10 días antes si se trata de servicios públicos esenciales.

Sobre la forma de acreditación de las paralizaciones intempestivas, (ARCE ORTIZ, 2013), señala son impuestos por la Ley, por lo que no cabe otro mecanismo de verificación. Quienes pueden verificar la paralización intempestiva de labores serán la Autoridad administrativa de trabajo en su defecto la policía o la fiscalía, si fuera el caso. En el acta respectiva deberá individualizar a los trabajadores que han cometido la falta, con el objeto de establecer responsabilidades personales.

d) Disminución deliberada y reiterada en el rendimiento de las labores o del volumen o de la calidad de la producción:

Para (ARCE ORTIZ, 2013). Por la liberalidad del art.25.b de la LPCL no se podrá despedir a trabajadores que disminuyen su rendimiento por debajo del mínimo promedio, cuando la causa de su bajo rendimiento no es su voluntad. Por ejemplo, trabajadora embarazada que disminuye su rendimiento o trabajador al que se ha cambiado de categoría profesional y se le ha asignado nuevas funciones. No hay, en estos casos, una disminución deliberada del rendimiento.

Asimismo, indica que hubiera sido más interesante que el art. 25.b incorpore un módulo legal de comparación a efectos de determinar la disminución del rendimiento. La LPCL deja abierta la posibilidad de que la comparación se realice con rendimientos precedentes del mismo trabajador o con el rendimiento promedio de los demás compañeros que realizan similares tareas.

Enfatiza que esta causal no puede confundirse con el rendimiento deficiente en la relación de la capacidad del trabajador 23.b de la LPCL. Pues cuando se habla de disminución deliberada y reitera del rendimiento se hace referencia a una disminución voluntaria o de mala fe del trabajador. Sin embargo, cuando el rendimiento deficiente se relaciona con la capacidad del trabajador, eso no requiere decir que la deficiencia se debe a factores externos a su voluntad (incapacidad por razones médicas o por deficiencias en la formación profesional, por ejemplo).

e) Falta de honradez en la administración de los bienes de los empleador:

Según (ARCE ORTIZ, 2013), el trabajador tendría el deber de actuar con honradez, con el objeto de proteger el objetivo económico del contrato de trabajo. De ahí que, la apropiación o la disposición por parte del trabajador de bienes o servicios del empleador, sin consentimiento, a efectos de obtener un provecho personal o de persona distinta al empleador, configura una falta grave que ocasiona perjuicios al dueño de la empresa, derivado del deber de buena fe.

El actor, ejemplificando señala: particular controversia ha generado el uso del correo electrónico entregado por la empresa, para uso personal o de acciones no relacionadas con el trabajo. No se ha llegado a señalar que ello supone una falta grave o no, cuando si se ha limitado el poder del empleador para investigar un acto de este tipo. Al respecto, el Tribunal Constitucional en las sentencias contenidas en los Exp. N° 1058-2004-AA, 04224-2009-PA, 03599-2010-PA y 114-2011-PA, ha establecido que la intromisión del empleador en el correo electrónico dado por la empresa debe ser tomada como un acto en contra del secreto del secreto e inviolabilidad de las comunicaciones. Es decir, el empleador está impedido de conocer el contenido de dichas comunicaciones, salvo que previamente un mandato o autorización judicial lo permita.

El al finalizar señala que resultaría perfectamente aplicable el principio de razonabilidad, toda vez que no podría despedir a trabajador que es sorprendido robándose un lápiz, más si resultaría proporcional un llamado de atención por escrito, para los antecedentes del trabajador (ARCE ORTIZ, 2013).

f) Mala gestión de la información adquirida en la empresa y abuso de confianza:

(ARCE ORTIZ, 2013), señala que más allá de las connotaciones morales que rodean a esta causal, el deber de buena fe en este supuesto intenta proteger el interés económico del empresario. Como ya se dijo, el deber de buena fe supone un comportamiento adecuado para que se respeten los intereses económicos del empleador. Sin duda una mala gestión de la información adquirida en la empresa puede generar efectos perniciosos en el desarrollo de la actividad empresarial. Obviamente, la mala gestión se debe no a un error, sino a una intención premeditada.

Con la presente causal, el actor señala que se busca sancionar la violación del secreto que debe guardar el trabajador respecto a los conocimientos que adquiere por su función dentro de la empresa. También el apoderamiento o la mala utilización de documentos de la empresa. Además, se justifica el despido cuando el trabajador recurre al engaño respecto de su empleador.

g) La concurrencia al trabajo en estado de embriaguez o bajo la influencia de drogas:

Se encuentra regulada en el art. 25.e de la LPCL, de acuerdo a lo señalado por (ARCE ORTIZ, 2013), en su primera parte se justifica el despido por razón de la conducta del trabajador, no se refiere al hecho de que este sea un consumidor habitual de bebidas alcohólicas o de drogas, sino que lo que se sanciona es la concurrencia a su centro de trabajo bajo la influencia de dichas sustancias. Obviamente, el reproche por esta conducta viene por el lado de que se genera un peligro o riesgo para la actividad empresarial (personas y bienes de la empresa) y, en el mejor de los casos, determinara un rendimiento menor al esperado (CRUZ VILLALÓN, 2003).

La segunda parte de la causal atiende a un supuesto distinto. No se requiere la reiteración cuando por la naturaleza de la función o del trabajo, el estado del trabajador revista excepcional gravedad. Por ejemplo, será suficiente que funcionario de la torre de control de un aeropuerto concurra a trabajar bajo los efectos del alcohol. El riesgo que genera su irresponsabilidad para la vida de muchas personas lo convierte en un acto grave.

h) Agravio verbal o físico al empleador, de sus representantes o de otros trabajadores:

Según (ARCE ORTIZ, 2013), el mutuo respecto entre todos los que forman parte de una unidad empresarial es un requisito de convivencia mínimo. Esta causa reacciona frente a conductas que por su calibre constituyen ofensas para determinados derechos constitucionales (derecho al honor, imagen, integridad física, etc.) de los empleadores o trabajadores, resultando importante la voluntariedad y la gravedad del acto.

Agrega que las constataciones de las agresiones físicas o verbales al empleador y a los demás trabajadores se harán por medio de la autoridad competente, siendo la policía la autoridad competente, quien extenderá un acta por tener fe pública.

i) Daño intencional a los bienes en propiedad o posesión de la empresa:

Se encuentra regulada en el art. 25.g de LPCL.

Según (ARCE ORTIZ, 2013), cualquiera sea el motivo que desemboque en un daño a los bienes de la empresa, deberá existir la intención de causar ese daño. Cita el ejemplo de cuando los trabajadores realizan una paralización de labores dentro del centro de trabajo que luego deviene en violencia, incurrirán en esta causal si como consecuencia de estos hechos se producen daños a las máquinas o a los edificios.

Asimismo, agrega que en el caso, de un trabajador por su impericia malogre un bien de la empresa, el empleador puede despedirlo, sin embargo, si malogra el bien con intención el empleador podrá solicitar una indemnización por daños y perjuicios.

Sobre el caso, del trabajador que por impericia malogra un bien de la empresa, no estamos de acuerdo con el autor, toda vez la causal de falta grave ha sido regulado para los daños intencionales y en el caso es específico no se verifica la intencionalidad sino más bien, la impericia que tiene el trabajador (ARCE ORTIZ, 2013).

j) Abandono de trabajo, inasistencia injustificadas o impuntualidad reiterada:

Se encuentra regulada en el art. 25.h de la LPCL.

Para (ARCE ORTIZ, 2013), de dicha falta grave, se deducen dos supuestos de incumplimiento:

En primer lugar, las inasistencias injustificadas del trabajador permiten lícitamente que este pueda ser despedido. Y, en ese sentido, la Ley distingue dos tipos de inasistencia injustificadas. De un lado, las que suponen la inasistencia al centro de trabajo por tres días consecutivos (conocido como abandono del trabajo). De otro lado, las inasistencias injustificadas por más de cinco días en un mes o más de quince días en un marco de seis meses.

De acuerdo al art. 38°, el plazo que tiene el trabajador para justificar sus inasistencias es de tres días, más el término de la distancia, contados desde el día en que el trabajador no fue a laboral.

En segundo lugar, la impuntualidad reiterada del trabajador también permite su despido como falta grave. Aquí se sanciona el incumplimiento de la obligación de laborar dentro del horario de trabajo, configurando una afectación al deber de diligencia laboral.

k) Hostigamiento sexual cometido por el empleador o sus representantes, así como el cometido por un trabajador, sin importar donde se realice:

Esta causal, fue introducida por la Ley N° 29430, en el mes de noviembre del 2009. De acuerdo a la Ley N° 27942, existen dos tipos de acoso sexual: el hostigamiento sexual típico o por chantaje, también conocido como acoso quid pro quo, y el hostigamiento sexual ambiental.

El primero, supone la realización de una conducta física o verbal reiterada de naturaleza sexual o sexista, en aprovechamiento de una ventaja sobre la persona que rechaza esta conducta por considerar que afecta su dignidad así como sus derechos fundamentales. Lo relevante del tipo es que, además de que existan los elementos señalados propios del hostigamiento sexual –conducta, que esta no sea bienvenida y el daño-, es que la persona quien lo cometa debe ser alguien que tenga autoridad de algún tipo sobre la persona afectada y que exista una afectación concreta, no un simple amenaza que no llegue a materializarse.

Finaliza, señalando que la persona que cometa hostigamiento sexual en cualquiera de sus dos modalidades podrá ser sancionada con el despido, siguiéndose el procedimiento de despido.

2.4.3.5. Causas relacionadas con la capacidad

Se encuentra regulado en el art. 23° de la LPCL son causas justas relacionadas con la capacidad del trabajador:

a) Las deficiencias físicas, intelectuales, mentales o sensoriales sobrevenidas cuando, realizados los ajustes razonables correspondientes, impiden el desempeño de sus tareas, siempre que no exista un puesto vacante, siempre que no exista un puesto vacante al que el trabajador pueda ser transferido y que no implique riesgos para su seguridad y salud o la de terceros.

Según (BLANCAS BUSTAMANTE, 2013), la libertad del precepto permite sostener que el supuesto de hecho está configurado por la pérdida o disminución significativa de las actitudes físicas, intelectuales, mentales o sensoriales del trabajador, sobrevista, esto es, posterior al inicio de la relación laboral. Conforme a la norma reglamentaria, -dictada antes de la modificación del enunciado de esta causa justa de despido- el detrimento de la facultades del trabajador “deberá ser debidamente certificado por el Instituto Peruano de Seguridad Social, el Ministerio de Salud o la Junta de Médicos designada por el Colegio de Médicos del Perú, a solicitud del empleador¹⁶”.

El rendimiento deficiente en relación con la capacidad del trabajador y con el rendimiento promedio en labores y bajo condiciones similares.

De acuerdo con (BLANCAS BUSTAMANTE, 2013), se destaca en efecto, la falta de precisión de la LPCL, pues, huelga decir, el ser humano –el trabajador- no es una máquina y, por ello mismo, su rendimiento difícilmente es parejo. Factores de diversa índole, entre ellos los de orden anímico o psicológico, alteran en ciertos momentos o épocas el rendimiento del trabajador, como en general de cualquier persona, cualquiera que sea la actividad que realice. Lo que, sin duda, ha de construir una situación que afecte la subsistencia de la relación laboral es el rendimiento deficiente en cuanto este devenga constante, lo que indicaría un nivel de rendimiento insuficiente o inadecuado, establecido en función del rendimiento precedente del mismo trabajador o el promedio de los demás trabajadores que realizan labores similares en las mismas condiciones.

La negativa injustificada del trabajador a someterse a examen médico previamente convencido o establecido por Ley, determinantes de la relación laboral, o a cumplir las medidas profilácticas o curativas prescritas por el médico para evitar enfermedades o accidentes.

Según (BLANCAS BUSTAMANTE, 2013), esta causal, admite, a contrario sensu, que dicha negativa pueda manifestarse válidamente en aquellos casos, no contemplados por la ley o el acuerdo de partes, en que, no obstante, el empleador pretenda que el trabajador se someta a tales evaluaciones, sin que la naturaleza de su labor o las circunstancias del caso impongan s necesidad. Es decir, en aquellos supuesto en que la exigencia del examen médico periódico no derive de la propia índole de la labor, y no haya sido formalizada previamente mediante acuerdo entre empleador y trabajador o por mandato legal expreso, entendemos que no podrá obligarse al trabajador a someterse al examen médico, debiendo tenerse por justificada su resistencia.

2.4.3.6. Procedimiento de despido

2.4.3.6.1. Procedimiento relacionando con la conducta

El empleador no puede despedir al trabajador por causa relacionada con la conducta, sin otorgarle por escrito un plazo no menor de seis días naturales para que formule sus descargos. De esta manera, el trabajador se podrá defender de las inconductas imputadas. Una vez que el trabajador culmine su defensa, el empleador recién podrá comunicare la carta de despido.

¹⁶ R-TUO-LFE, artículo 33.

El plazo no menor de seis días se cumplirá con o sin asistencia al centro de trabajo, si el empleador en sonera a su trabajador de dicho plazo, debe hacerlo por escrito y respetar su derecho de defensa.

Según (ARCE ORTIZ, 2013), la comisión de falta grave flagrante exonera al empleador la obligación de otorgar dicho plazo al trabajador para sus descargos.

Asimismo, el conocimiento de la falta grave obliga al empleador a iniciar los trámites para la imputación de la falta grave, esto de acuerdo al artículo 31 de la LPCL, que contiene el Principio de Inmediatez, que responde al hecho de que el olvido genera el perdón. Es decir, el dejar pasar el tiempo, es entendido por el legislador como el perdón de la falta cometida.

2.4.3.6.2. Procedimiento relacionado con la capacidad

Cuando se cuestione la capacidad del trabajador, debe cursarse carta de preaviso de despido con una anticipación de 30 días naturales, antes del despido. De acuerdo al contenido del art. 31 de la LPCL, los treinta días servirán para que el trabajador “demuestre su capacidad o corrija su deficiencia”; ejerciendo de esta forma su derecho de defensa.

Para (ARCE ORTIZ, 2013) resulta evidente que para estos casos el empleador, no podrá exonerar al trabajador de laborar, toda vez que va hacer mediante su trabajo que este podrá demostrar su capacidad o corregir su deficiencia.

Precisa que la prueba de los hechos alegados, de ninguna forma puede ser posterior a la carta de preaviso, toda vez que son en razón de dichos hecho en que se basara su alegación de falta de capacidad o deficiencia en la ejecución de su labora, y no dentro de los 30 días, que son para que el trabajador demuestre lo contrario a la imputación de los hechos expuestos en la carta de preaviso.

Finalmente, enfatiza que el principio de inmediatez también jugara dependiendo de la naturaleza de cada incumplimiento. Por ejemplo, el no ir a un examen médico es un incumplimiento de carácter instantáneo, de ahí que el alegato del empleador sobre su incumplimiento deberá producirse al poco tiempo de la fecha de dicho examen.

Por otro lado, en el caso del detrimento de la facultad física o mental del trabajador. Si el empleador conocía de ello, y aun así deja al trabajador dentro sus planillas y ejerciendo las mismas funciones, se considera que dicha causal ya no podrá ser utilizada, por aplicación del Principio de Inmediatez (ARCE ORTIZ, 2013).

2.4.3.6.3. El Principio de Inmediatez

Se encuentra contenido en el art. 31° de la LPCL.

Según (ARCE ORTIZ, 2013) por este principio, la decisión y el acto de despido deben de realizarse de manera automática del momento en el que se realizaron los hechos, o cuando el empleador pudo tener conocimiento en el que se realizaron los hechos, o cando el empleador pudo tener conocimiento de los mismos.

Debe considerarse que para la operalización de este principio, en los casos en que la configuración de la falta, por su naturaleza, le ocupe al empleador mayor tiempo de investigación, se considera la aplicación en simultáneo del Principio de Razonabilidad en el Plazo utilizado para la investigación que dependerá de la complejidad de la falta invocada como causal de despido. Y ha si lo ha hecho saber la Corte Suprema en la Casación N° 150-2005-Piura.

2.4.3.7. El despido lesivo de derechos fundamentales

De acuerdo con (ARCE ORTIZ, 2013), el proceso de penetración de los derechos constitucionales en la empresa, obliga a reconocer por fuerza que el marco de discrecionalidad del legislador laboral ha variado en lo que toca al despido. A la tradicional discusión entre mecanismos reparadores restitutorios (reposición) y mecanismos reparadores resarcitorios (indemnización),

donde el legislador laboral escogía una u otra opción como reparación al despido injustificado o arbitrario, hoy en día se reduce el ámbito de operatividad de esta vieja discusión, ya que la protección de los despidos lesivos de derechos constitucionales no pueden dejarse al arbitrio del legislador.

En ese sentido, los derechos constitucionales de los trabajadores deben ser garantizados de forma intensa y ello implica que ante una violación de estos la respuesta no pueda ser otra que la revocación del acto extintivo. Dicho de esta forma, sería ilógico que el legislador ordene reparar un despido inconstitucional a través del abono de una indemnización pecuniaria.

Agrega, en estas circunstancias, el Tribunal Constitucional peruano está en proceso de construir una interesante doctrina que reivindica el valor de los derechos constitucionales en el despido. Para ello, desde su posición de supremo interprete de la Constitución, ha encontrado en los derechos constitucionales del trabajador, fundamentos jurídicos que proscriben el despido. Desde algunos sectores doctrinarios, se ha puesto en tela de juicio la competencia de este órgano para solucionar un problema en el que únicamente tendría importancia la decisión del legislador laboral, más aun si se tiene en cuenta que el artículo 27 de la Constitución deriva a este último la responsabilidad de proteger adecuadamente al trabajador frente al despido arbitrario (ARCE ORTIZ, 2013).

Al respecto, el profesor (TOYAMA MIYAGUSUKU J. , 2003) ha señalado que “la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (...), no transgrede la Constitución en la medida que prevé, como regla general, el pago de una indemnización ante un despido arbitrario. La LPCL cumple lo dispuesto en la Constitución al regular un tipo de protección a los trabajadores despedidos arbitrariamente”. Sin embargo, habría que preguntarse si este encargo al legislador laboral incluye también la delimitación de las fronteras del concepto de “despido arbitrario”. Allí, parece residir la gran controversia planteada alrededor del artículo 27.

2.4.3.7.1. La prohibición del despido que tiene por motivo la violación de un derecho constitucional:

De acuerdo a (ARCE ORTIZ, 2013), ocultar en el despido, la violación de un derechos constitucional supone la nulidad del mismo, siendo inaudito que pueda dársele efectos jurídicos a dicha despido, sin embargo, como veremos a continuación, dicha violación no se encuentra regulado en el ordenamiento, más si podríamos utilizar el proceso de amparar para su reparación, toda vez que funciona como mecanismo de protección real de los derechos fundamentales de las personas; ergo la falta de etapa probaría muchas veces supone la improcedencia de la demanda, he ir a la vía ordinaria, donde por falta de regulación expresa, un despido arbitrario, violatorio de derechos fundamentales solo puede obtener la indemnización como máxima sanción al empleador por dicho despido, y al final se entiende como “pagar por los efectos jurídicos de un despido ilegal”.

En ese sentido, (ARCE ORTIZ, 2013), señala que los derechos constitucionales, tras aparecer como limites materiales a la decisión extintiva empresarial, se ven afectados por un ejercicio disfuncional de la facultad de despedir. El despido, en concreto, habrá de evidenciar, desde su raíz u origen, un móvil empresarial contrario a derechos subjetivos del trabajador.

Agrega, que el principal problema que enfrenta el trabajador al impugnar un despido inconstitucional es el de la prueba. Aunque la carga probatoria de un despido lesivo de derechos constitucionales recae sobre el trabajador, por ser este quien la alega, la inserción de este tipo de derechos en el debate procesal, a menudo caracterizado por su particular dificultad probatoria, medula el instinto de la prueba en dos sentidos.

En esta línea, una vez que el trabajador genera en el juzgador la certeza de que existe un panorama de violación de derechos constitucionales, la carga de la prueba o regla de juicio se trasladara al empleador. Esto es, ante la inexistencia de prueba para desvirtuar el panorama lesivo de la constitucionalidad, es el empleador el que puede recibir una sentencia en contra. Normalmente, la actividad probatoria del empleador se dirigirá a probar que la causa justa alegada

para el despido existe. Sin embargo, en los casos en los que el empleador no pueda probar ello, bastara con que su acto extintivo no tuvo ningún móvil violatorio de la Constitucional (ARCE ORTIZ, 2013).

2.4.3.7.2. La protección de derechos procesales y su vulneración con el despido:

En los últimos tiempos, el TC ha señalado que todo despido que vulnere derechos constitucionales de orden procesal del trabajador debería reconducirse por la nulidad. Asimismo el legislador en el artículo 34° de la LPCL ha señalado que es arbitrario el despido sin causa y sin el cumplimiento del procedimiento adecuado para despedir.

En ese sentido, la forma de ver a los despidos arbitrario ha venido en mejora del trabajador y hoy por el respecto de principios como debido procedimiento, razonabilidad y proporcionalidad, terminan inclinando en la vía judicial, la balanza a favor del trabajador despedido arbitrariamente y gracias al desarrollo judicial del Tribunal Constitucional, ahora como se digo al iniciar el presente comentario, son lo los despidos violadores del derecho de defensa y por la no expresión de causa.

2.4.3.7.3. Derecho al trabajo y causa justa:

De acuerdo al articulo 22 de la constitución enuncia que el trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona. Y de acuerdo a la cuarta disposición final y transitoria de la misma Constitución, la interpretación de los derechos constitucionales debe hacerse de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales ratificados por el Perú en esta materia.

El art. 7 del protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, sociales y culturales, precisa que el derecho al trabajo, lego de haber sido enunciado en el artículo anterior, “supone que toda persona goce del mismo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias, para lo cual dichos estados garantizaran en sus legislaciones, de manera particular: (...) d) La estabilidad de los trabajadores en sus empleos, de acuerdo con las características de las industrias y profesiones y con las causas justas separación- en casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a la indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualesquiera otra prestación prevista por la legislación nacional”. Es decir, el derecho al trabajo se convierte en un importante pilar del régimen de “despido causal”, pues toda extinción unilateral del vínculo laboral por el empleador debe fundarse en una causa justa (ARCE ORTIZ, 2013).

En vías de interpretación, el Tribunal Constitucional peruano en su sentencia del 11 de septiembre de 2002, en cuanto señalo que el contenido esencial del derecho al trabajo implica dos aspectos: “El de acceder a un puesto de trabajo, por una parte y, por otra, el derecho a no ser despedido sino por causa justa” (Fundamento 12). No obstante, dado que ello podía entenderse como un destierro total del concepto de despido arbitrario, el Tribunal Constitucional en su Resolución de aclaración de la citada sentencia (publicada el 18 de septiembre de 2002) afirma que resulta contrario a la constitución el despido sin motivación (Fundamento 2.4). En otras palabras, queda prohibido el despido donde no se impute previa y formalmente una causa, mientras la categoría de “despido arbitrario” quedaría reducida a despidos que aunque provistos de una causa, esta no puede ser probada en juicio.

2.4.3.7.4. La situación de indefensión del trabajador y los despidos sin causas:

Sobre el particular, (ARCE ORTIZ, 2013) a la hora de evaluar la constitucionalidad de un despido, también es muy frecuente analizar qué papel juega el bloque de derechos procesales constitucionales en la obligación empresarial de expresar la causa de extinción.

El derecho de defensa ha sostenido nuestro Tribunal Constitucional en un caso de despido, es un aspecto constitutivo del debido proceso, “en la medida que garantiza estándares mínimos de justicia y hacen posible una tutela valida y legitima” (SANGUNETI RAYMOND, 1989).

Agrega, y señala que precisamente, la protección de un despido con ausencia absoluta de forma escrita (VGA. Sin carta de preaviso), podría negar al trabajador la posibilidad de ejercitar de modo regular su derecho de defensa en el proceso judicial de impugnación del acto extintivo. Estos despidos, al provocar el desconocimiento total de sus motivos, implican una manifestación de imposibilidad para articular la defensa jurisdiccional del trabajador afectado. Circunstancia esta que, de ocurrir, generaría una suerte de “indefensión” entendida como “la situación en que quedan los titulares de derechos o intereses legítimos cuando se ven imposibilitados para ejercer” (Sentencia del Tribunal Constitucional español 38/1981, de 21 de noviembre).

Finaliza, señalando que lo que se trata es declarar inconstitucionales todos los despidos desprovistos de carta y en general todo aquel que imposibilite al trabajador articular su defensa con todas las garantías procesales necesarias. Es suma, el debido proceso resulta ser, junto al derecho al trabajo, una garantía de protección al principio de causalidad del despido (ARCE ORTIZ, 2013).

2.4.3.7.5. El debido proceso y el procedimiento legal de despido:

Según (ARCE ORTIZ, 2013), el mismo Tribunal Constitucional ha convenido “reiterar la eficacia, ergo omnes, de los derechos fundamentales de orden procesal, constitutivos del denominado derecho constitucional procesal, también en el seno de las instituciones privadas, como es el caso de la demandada en mérito a la eficiencia frente a terceros, del que ellos se hallan revestidos, como todo derecho constitucional”.

Como se ve, se ha aceptado que los derechos de naturaleza procesal no solo tienen como ámbito de actuación el proceso judicial, y a lo más de forma analógica el procedimiento administrativo, sino también los procesos que se instauran al interior de instituciones privadas o en relaciones jurídicas entre privados, como ocurre por el procedimiento regulado en el artículo 31 de la LPCL. Ahora bien, la consecuencia directa de esta construcción es la de eliminar un supuesto más de despido arbitrario. A los ya prohibidos por el derecho al trabajo (los despidos sin causa), se suma otra proscripción: la del despido sin procedimiento previo ni pre aviso, aun cuando haya imputado una causa en la carta de despido (ARCE ORTIZ, 2013).

2.4.3.8. El despido en los tratados internacionales

Según (COAGUILA MITA, 2016):

El derecho a no ser despedido sin expresión de causa por parte del empleador ha sido recogido en diversos instrumentos internacionales.

2.4.3.8.1. Declaración Universal de Derechos Humanos:

El 24 de octubre de 1945, luego y a raíz de la de la Segunda Guerra Mundial, las Naciones Unidas nació como una organización interestatal con el propósito de salvar a las generaciones futuras de la devastación de conflictos bélicos internacionales, dada la experiencia sufrida.

La Declaración fue redactada por representantes de los estados del mundo y abarca una gama de tradiciones jurídicas. Formalmente adoptada por las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, es el documento más amplio y universal sobre los derechos humanos, describiendo los treinta derechos fundamentales que constituyen la base de toda sociedad democrática.

(CANESSA MONTEJO, 2009), afirma que con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los pactos internacionales, se produce un cambio en el Derecho Internacional: un grupo de derechos laborales son incluidos dentro del selecto listado de derechos humanos. Esto se explica porque desde el principio los derechos laborales formaron parte en la confrontación de los derechos humanos dentro del Derecho Internacional.

Asimismo, mediante la Declaración Universal de Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948 aprobada por el Perú mediante resolución legislativa N° 13282 del 15 de diciembre de 1948 se proclama no solo el derecho al trabajo sino la necesidad de contar con un régimen de

protección: “Artículo 23. Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo”.

2.4.3.8.2. La convención americana de derechos humanos:

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (también llamada Pacto de San José de Costa Rica) fue suscrita, tras la Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos, el 22 de noviembre de 1969 en la ciudad de San José de Costa Rica y entró en vigencia el 18 de julio de 1978, debido a que en ese momento se reunió el número de países establecido por el instrumento para el inicio de su vigencia. Desde ese momento, se produjo el proceso de establecimiento de una estructura judicial que tiene como misión principal, hacer eficaces los derechos humanos en el continente.

La CIDH tiene dos funciones específicas en el sistema regional. La primera es la función jurisdiccional, a través de la cual evalúa la responsabilidad de los Estados miembros, respecto a situaciones que sean planteadas como infracciones a la Convención Americana de Derechos Humanos.

Los países que han reconocido la competencia de la Corte son: Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Surinam, Uruguay y Venezuela. Los Estados Unidos de Norteamérica no ha suscrito la convención, pero inexplicablemente la sede de la Corte está en Washington.

La otra función es la Consultiva, que se sustenta en lo dispuesto en el artículo 64° (1) que establece: "Los Estados miembros de la organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de la Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos. (...)”.

En materia laboral no hace referencias expresa al derecho al trabajo, pero en el artículo 26 reconoce los derechos sociales, económicos y culturales. Se señala: “Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, (...)”.

Sin embargo al Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos reconoce expresamente el derecho a la estabilidad laboral en sus artículos 07.

Luego el artículo 7°, bajo el título de Condiciones Justas, Equitativas y Satisfactorias de Trabajo, precisa: Los Estados partes en el presente Protocolo reconocen que el derecho al trabajo al que se refiere el artículo anterior, supone que toda persona goce del mismo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias, para lo cual dichos “Estados garantizarán en sus legislaciones nacionales, de manera particular: (...) d. la estabilidad de los trabajadores en sus empleos, de acuerdo con las características de las industrias y profesiones y con las causas de justa separación. En casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualesquier otra prestación prevista por la legislación nacional.”

2.4.3.8.3. El pacto internacional de los derechos económicos, sociales y culturales (PIDESC):

Fue aprobado por el Perú mediante el Decreto Ley 22129 dispone lo siguiente: «artículo 6. Los Estados Parte del presente Pacto reconocen el derecho a trabajar, que comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y *tomarán medidas adecuadas para garantizar este derecho*».

Sobre este aspecto, (CANESSA MONTEJO, 2009) señala que, el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales se ha pronunciado en el sentido que los Estados deben prever

“adecuadas salvaguardas que le facilite a cualquier trabajador que se sienta injustificadamente despedido poder apelar o pedir una imparcial revisión judicial o de un órgano independiente sobre su caso”.

De lo expuesto surge que tanto el derecho al trabajo como la protección contra el despido cuentan con firme reconocimiento en diversos instrumentos internacionales. Sin embargo, cabe destacar que los mismos no establecen un esquema especial de tutela contra el despido, vale decir, una opción resarcitoria (estabilidad relativa) o una opción restitutoria (estabilidad absoluta). De ahí que se advierta que tales opciones dependerán del modelo constitucional y legal establecido en cada ordenamiento, sin perjuicio que su análisis e interpretación deberá adecuarse a los instrumentos internacionales correspondientes.

2.4.3.8.4. Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales de la organización de las naciones unidas:

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (ICESCR, por su sigla en inglés) es un tratado multilateral general que reconoce Derechos económicos, sociales y culturales, y establece mecanismos para su protección y garantía. Fue adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante la Resolución 2200A (XXI), de 16 de diciembre de 1966 y entró en vigor el 3 de enero de 1976. Se compromete a las partes integrantes a trabajar para la concesión de los derechos económicos, sociales y culturales de las personas, incluidos los derechos laborales y los derechos a la salud, la educación y un nivel de vida adecuado. A fecha del mes diciembre de 2008, el Pacto tiene 160 partes. Otros seis países habían firmado, pero aún no han ratificado el Pacto.

El Pacto es parte de la Carta Internacional de Derechos Humanos, junto con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, incluida la última del Primer y Segundo Protocolos Facultativos.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), adoptado en 1966, en cuyo artículo 6.1 se establece: El derecho a trabajar, que comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado», además de reconocer en su artículo 7.c el derecho a la igualdad de oportunidades al momento de la promoción dentro del trabajo, «sin más consideraciones que los factores de tiempo de servicio y capacidad».

2.4.3.8.5. Aplicación de los tratados internacionales:

Nuestra Constitución Política del Estado en la cuarta disposición final y transitoria establece que los derechos que ella reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.

Siguiendo la concepción normativa de la Constitución el Tribunal Constitucional Peruano ha establecido, con relación a las disposiciones finales y transitorias, que estas constituyen auténticas "disposiciones constitucionales, que tienen fuerza vinculante y, por ello, integran el parámetro de control en cualesquiera de los procesos constitucionales". En consecuencia, la cuarta disposición final y transitoria de la Constitución es una regla de interpretación de los derechos fundamentales de rango constitucional y de carácter obligatoria para todos los que aplican e interpretan las normas relativas a los derechos y libertades que reconoce la Constitución.

Ahora bien, si esta regla de interpretación de rango constitucional impone la aplicación de los tratados internacionales en materia de derechos humanos para configurar un canon o parámetro de constitucionalidad con relación a los derechos y libertades para, por vía interpretativa, "configurar el sentido, alcance y el perfil exacto del contenido de los derechos recogidos en la Constitución", no debe considerarse que por ello dichos tratados adquieren jerarquía constitucional.

Así el artículo 55 de nuestra Constitución dispone que los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional. Esta norma consagra la integración normativa de todos los tratados internacionales, ratificados por el Perú, en nuestro ordenamiento jurídico nacional. La importancia de esta norma radica en que nuestro análisis jurídico no solo se debe circunscribir al de las leyes internas sino que debe incorporar a los tratados internacionales en general.

2.4.3.8.6. El despido según la organización internacional del trabajo (OIT):

El convenio 158 de la Organización Internacional del trabajo, denominado **Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador**, entró en vigor el 23 noviembre 1985, adoptado en Ginebra, en la 68ª reunión CIT del 22 junio 1982. Consta de un preámbulo y 22 artículos. Sin embargo el Perú no ha suscrito este convenio. El artículo 4º establece: “No se pondrá término a la relación de trabajo de un trabajador a menos que exista para ello una causa justificada relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio.

El precepto citado establece la figura del despido causal que a su vez puede fundarse en la capacidad, conducta y necesidades de la empresa. Se afirma la tesis de que no hay despido sin causa que lo habilite.

Si bien se declara la tesis de un despido causal, se señala las causas que no podrán invocarse para justificar el despido. Es de anotar que nuestra legislación casi textualmente ha transcrito el texto del artículo 04 del D.S. N° 003-97-TR. A su vez el artículo 06 señala que la ausencia temporal del trabajo por motivo de enfermedad o lesión no deberá constituir una causa justificada de terminación de la relación de trabajo.

☞ **Procedimientos previos a la terminación de la relación laboral.-** El artículo 07 precisa que: No deberá darse por terminada la relación de trabajo de un trabajador por motivos relacionados con su conducta o su rendimiento antes de que se le haya ofrecido la posibilidad de defenderse de los cargos formulados contra él (...).

Como se aprecia del texto citado, se consagra el derecho a la defensa del trabajador a despedir que a su vez forma parte de un proceso debido, siempre haciendo la excepción que tal derecho podría ser denegado siempre que razonablemente no pueda exigirse al empleador tal posibilidad. En nuestro ordenamiento jurídico, similar texto lo encontramos en el artículo 31º del TUO de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral.

Luego el siguiente artículo establece que los organismos citados estarán facultados para examinar las causas invocadas para justificar la terminación de la relación de trabajo y todas las demás circunstancias relacionadas con el caso, y para pronunciarse sobre si la terminación estaba justificada.

☞ **Sobre la readmisión o indemnización:** El artículo 10º precisa: “Si los organismos mencionados en el artículo 8 del presente Convenio llegan a la conclusión de que la terminación de la relación de trabajo es injustificada y si en virtud de la legislación y la práctica nacionales no estuvieran facultados o no consideraran posible, dadas las circunstancias, anular la terminación y eventualmente ordenar o proponer la readmisión del trabajador, tendrán la facultad de ordenar el pago de una indemnización adecuada u otra reparación que se considere apropiada.”

☞ **Plazo de Pre-Aviso:** El artículo 11º establece el plazo de preaviso que es similar al que registra nuestra legislación en el artículo 31º del D.S. N° 003-97-TR, así se precisa: “El trabajador cuya relación de trabajo vaya a darse por terminada tendrá derecho a un plazo de preaviso razonable o, en su lugar, a una indemnización, a menos que sea culpable de una falta grave de tal índole que sería irrazonable pedir al empleador que continuara empleándolo durante el plazo de preaviso.”

☞ **Derechos a indemnización por fin de servicios y otras medidas de protección de los ingresos:** Siempre invocando la legislación interna y la práctica nacional se establece para el trabajador despedido los siguientes derechos:

- ☞ Una indemnización por fin de servicios o a otras prestaciones análogas, cuya cuantía se fijará en función, entre otras cosas, del tiempo de servicios y del monto del salario, pagaderas directamente por el empleador o por un fondo constituido mediante cotizaciones de los empleadores; o
- ☞ Prestaciones del seguro de desempleo, de un régimen de asistencia a los desempleados o de otras formas de seguridad social, tales como las prestaciones de vejez o de invalidez, bajo las condiciones normales a que están sujetas dichas prestaciones; o
- ☞ Una combinación de tales indemnizaciones o prestaciones.
- ☞ Finalmente se precisa que en caso de terminación por falta grave podrá preverse la pérdida del derecho a percibir las indemnizaciones o prestaciones mencionadas en el párrafo 1, apartado a), del artículo citado por los métodos de aplicación mencionados en el artículo 1 del presente Convenio.

Para implementar el cese de la relación laboral por los motivos señalados se establecen dos exigencias a saber.

2.4.3.9. El despido en el derecho comparado:

La pérdida del empleo sancionada con la readmisión del trabajador o con una indemnización, se conoce en la actualidad como despido, para algunas legislaciones despedir sin causa al trabajador, en la mayoría de países sudamericanos es sancionado con una indemnización a favor del trabajador, pero la figura de la reposición también se encuentra aún regulada en algunos ordenamientos como lo veremos a continuación.

(COAGUILA MITA, 2016) en su tesis titulada “El Despido y la Adecuada Protección en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional 2003-2013”, respecto al tratamiento del despido en el derecho comparado, señala:

2.4.3.9.1. Estados Unidos:

Si nos remitimos a América, Estados Unidos es uno de los pocos países donde despedirse es una cuestión de libre voluntad del empleador, sin temor a sanciones, lo que no ocurre en otras legislaciones donde probablemente tendría que dejar sin efecto un despido sin expresión de causa y reincorporar al empleado en su puesto o afrontar multas administrativas.

La filosofía predominante en EE.UU. es que los empleados están contratados "a voluntad". Eso quiere decir que pueden ser despedidos sin advertencia, causa justificada o preaviso. Las pocas excepciones son circunstancias relacionadas a temas de discriminación o represalias, o si los empleados están protegidos por un contrato.

Sin embargo, como lo señala Meghan Hill, abogado asociado en la firma Squire Patton Boggs en Columbus, Ohio, afirma que *"En EE.UU. estamos lo menos regulados posibles en cuanto a despidos"*.

2.4.3.9.2. Italia:

Es una de las naciones con mayores regulaciones en materia laboral. Las regulaciones para el trabajo son numerosas y específicas y en su gran mayoría, están destinadas a proteger a los servidores.

Así, el artículo 4° de la Constitución de la República de Italia¹⁷ establece: “La Republica reconoce a todos los ciudadanos el derecho al trabajo y promoverá las condiciones que hagan efectivo este derecho (...)”. Igualmente, el artículo 35 establece: “La Republica protegerá el trabajo

¹⁷ Extraída de: <http://www.italianoinfamiglia.it/documenti/costituzione-in-spagnolo.pdf>.

en todas sus formas y aplicaciones. Cuidará la formación y la promoción profesional de los trabajadores. Promoverá y favorecerá los acuerdos y las organizaciones internacionales encaminadas a consolidar y regular los derechos del trabajo.”

En ese país existe una especie de desnaturalización de los contratos temporales. En efecto, hasta hace poco, violar los requisitos legales sobre contratación temporal suponía a los empleadores tener que emplear al trabajador de manera indefinida.

En ese sentido, respecto a la sanciones por **despidos injustificados**, señala: En el caso de que se produzca un despido injustificado, existen diversas soluciones según el tamaño de la empresa; sin embargo, en este caso, el trabajador también tiene la opción de negarse a volver a su puesto de trabajo y pedir una compensación por daños y perjuicios equivalente a su salario de 15 meses.

Respecto a la **Indemnización por despido**, Una vez rescindido el contrato de trabajo, sea cual sea la causa, incluso por despido por causa justa o renuncia, el trabajador tiene derecho a percibir una indemnización por despido de manos del empleador (*trattamento di fine rapporto*) que se considera como una parte del salario, que el empleador separa cada año y que custodia (lo cual constituye para él una importante fuente de autofinanciación).

2.4.3.9.3. Brasil:

En este país, despedir un empleado puedes resultar bastante caro. No se requiere causa justificada de despido, pero hay leyes estrictas sobre la cantidad de dinero que un patrono le tiene que dar a cualquier persona que despide. La fórmula comprende un mes de salario, incluyendo tiempo de vacaciones, y una multa basada en el tiempo de servicio.

Asimismo, en su Constitución artículo 6°, se señala: “son derechos sociales la educación, la salud, el trabajo, el descanso, la seguridad, la previsión social, la proyección de la maternidad” y en su artículo 7.1 señala: “son derechos de los trabajadores urbanos y rurales, además de otros que tiendan a la mejora de su condición social: 1). el contrato de trabajo protegido contra el despido arbitrario o sin justa causa, (...)”

Es decir, se encuentra dentro del grupo de países que rescatan y aplican la teoría del Despido Causal, sustentado en la Ley que pre-constituye dichas causas justas de despido.

2.4.3.9.4. Chile:

El artículo 18 del el texto refundido, coordinado y sistematizado de la constitución política de la República de Chile, sobre la libertad de trabajo y su protección. Establece: “Toda persona tiene derecho a la libre contratación y a la libre elección del trabajo con una justa retribución. (...)”.

El artículo 159 del Código del Trabajo chileno establece: El contrato de trabajo terminará en los siguientes casos: 1. Mutuo acuerdo de las partes. 2. Renuncia del trabajador, dando aviso a su empleador con treinta días de anticipación, a lo menos. 3. Muerte del trabajador. 4. Vencimiento del plazo convenido en el contrato. 5. Conclusión del trabajo o servicio que dio origen al contrato. 6. Caso fortuito o fuerza mayor.

Asimismo, el artículo 161 establece: “Sin perjuicio de lo señalado en los artículos precedentes, el empleador podrá poner término al contrato de trabajo invocando como causal las necesidades de la empresa, establecimiento o servicio, tales como las derivadas de la racionalización o modernización de los mismos, bajas en la productividad, cambios en las condiciones del mercado o de la economía, que hagan necesaria la separación de uno o más trabajadores. La eventual impugnación de las causales señaladas, se regirá por lo dispuesto en el artículo 168.”

El artículo 163 del Código del Trabajo chileno establece: “Si el contrato hubiere estado vigente un año o más y el empleador le pusiere término en conformidad al artículo 161, deberá pagar al trabajador, la indemnización por años de servicio que las partes hayan convenido

individual o colectivamente, (...). Esta indemnización tendrá un límite máximo de trescientos treinta días de remuneración. La indemnización a que se refiere este artículo será compatible con la sustitutiva del aviso previo que corresponda al trabajador, según lo establecido en el inciso segundo del artículo 161 y en el inciso cuarto del artículo 162 de este Código.”

Asimismo la legislación no prevé un período de prueba, excepto en el caso de los trabajadores domésticos, para quienes se prevé un período de prueba de dos semanas en el que cualquiera de las partes podrá resolver el contrato con un preaviso de tres días.

☞ **Justificación de la terminación:** El Código del Trabajo de Chile prohíbe el despido sin causa justa, y ello se determina en función de la conducta del trabajador¹⁸ o de requisitos operativos¹⁹ (...). Asimismo, su jurisprudencia sostiene que “Es necesario que las circunstancias [que rodean la actividad económica] no emanen de la sola voluntad o responsabilidad de la empresa, sino que deben ser objetivas, graves y permanentes. Los problemas económicos de la empresa no deben ser transitorios y subsanables”²⁰.

No existe el derecho general a la readmisión a raíz de un despido injustificado. La readmisión sólo cabe en casos de despido por motivos de discriminación y en otros casos relacionados con el despido de trabajadores que gozan de *fuero laboral*.

☞ **Plazo de pre-aviso:** Un plazo de preaviso de 30 días es obligatorio tanto en los casos de desahucio como en función de los requisitos de la empresa; en su defecto, se puede abonar una indemnización. El empleador podrá poner término al contrato sin preaviso en caso de despido por motivos de conducta²¹.

☞ **Indemnización por fin de servicios y otras medidas de protección de los ingresos.** En 2002 se estableció un seguro de desempleo mediante un fondo de cesantía para proporcionar a las personas empleadas una cuenta individual con la que se cubrirán las prestaciones en caso de desempleo involuntario²². La participación en este régimen ha sido obligatoria para todos los trabajadores con contrato de trabajo desde 2002, ya sean éstos de duración indefinida, a plazo fijo o por obra o servicio, si bien se les aplican normas diferentes. A la financiación de esta cuenta contribuyen tanto el trabajador como el empleador²³. Las prestaciones se financiarán con cargo a la cuenta individual en caso de terminación involuntaria de la relación de trabajo; si los trabajadores tienen derecho a ello, pueden completar esas prestaciones con cargo a un Fondo de Cesantía Solidario financiado por el Gobierno. El régimen establece plazos y normas mínimas para la contribución. El importe de la prestación depende del saldo de la cuenta y del número de meses de contribución.

2.4.4. ADECUADA PROTECCIÓN CONTRA EL DESPIDO ARBITRARIO

2.4.4.1. Generalidades

Sobre el artículo 27° de la Constitución Política del Perú, el profesor (BLANCAS BUSTAMANTE, 2013), señala:

Citando a (MONTTOYA MELGAR, 1980) en las normas constitucionales, suele distinguirse, en cuanto a su grado de aplicación de eficacia, entre las de “preceptividad inmediata”, en las cuales el derecho surge con la entrada en vigor de la Constitución, y las “programáticas” o de “preceptividad diferida o aplaza”, que son aquellas en que la efectividad del derecho se pospone hasta que el legislador adopte las medidas legislativas correspondientes.

¹⁸ Código del Trabajo de Chile, artículo 160.

¹⁹ Código del Trabajo de Chile, artículo 161.1.

²⁰ Corte de Apelaciones de Concepción. Rol 342/2007, noviembre de 2007.

²¹ Código del Trabajo de Chile, artículo 161.

²² Ley núm. 19728 de 2001.

²³ 2,2 por ciento del salario 1,6 por ciento a cargo del empleador, 0,6 por ciento a cargo del trabajador, con un límite máximo.

Esta diferenciación no viene a significar, por cierto, que los derechos de preceptividad inmediata no puedan ser regulados mediante disposiciones legales, sino a destacar que en el caso de las normas programáticas la actuación del legislativo, e inclusive los gobernantes, es indispensable para que el derecho se establezca pues, como lo afirma Crisafulli, estas normas se caracterizan por que no “regulan desde el principio e inmediatamente las relaciones y situaciones a que se refieren, sino que ordenan comportamientos públicos destinados a su vez a incidir sobre tales materias; establecen lo que los gobiernos deberán o podrán hacer (y viceversa lo que no podrán hacer) respecto a determinados objetos” (LUCAS VERDU, 1986).

En ese sentido, puede observarse que el art. 27° de la Constitución, no se puede considerar como una norma de aplicación inmediata, tal como lo era, en cambio, su precedente constitucional (Const. 79, Ar. 48°), toda vez que un aspecto esencial de este precepto radica en la remisión expresa que hace a la Ley para que regule el derecho.

Sin embargo, y pese a ello, tampoco parece posible catalogarla como una norma programática, en cuanto al disponer que el legislador otorgue al trabajador “adecuada protección contra el despido arbitrario”, dicho mandato denuncia ciertos elementos en base a los cuales resulta posible identificar un contenido mínimo del derecho, que si bien reconoce a la actuación del legislador un amplio margen de discrecionalidad, no lo libera de la obligación de ceñirse a dicho contenido.

En tal sentido, citando a NEVES MUJICA (1994), señala: ordenar al legislador que brinde al trabajador adecuada protección “contra el despido arbitrario”, el constituyente exterioriza una inequívoca voluntad proscriptora de esta clase de despido, razón por la cual la doctrina nacional coincide en opinar que la norma constitucional tiene como contenido mínimo la interdicción de la arbitrariedad del despido, y que, en tal sentido reconoce su carácter causal y la consiguiente invalidez del despido “ad nutum”, pero deja a criterio del legislador elegir entre la reposición o la indemnización, como medida reparadora del despido arbitrario.

Continúa, cabe anotar, sin embargo, que admitir que el precepto constitucional recusa el despido “Arbitrario” no es suficiente para superar la indeterminación de esta expresión, imponiendo, por ello, al legislador un contenido preciso, pues al no haberse incluido en este texto constitucional la exigencia de que el despido se funde en una “causa justa”, sustituyendo este concepto por la protección contra el despido “arbitrario”, hasta reducir el ámbito de protección solo aquellos despidos basados en motivos prohibidos como los despidos “discriminatorios” o “lesivos de derechos fundamentales”, abriendo, con ello, la posibilidad de que en los despidos que no encuadren en esta clase de extinciones, la facultad extintiva del empleador se ejerza libremente, al menos en cuanto a la exigencia de acreditar causa justa quizás con la única “protección” que pudiera derivarse de la exigencia de cumplir con garantías formales.

Ahora bien, la interpretación del art. 27° de la constitución tiene que efectuarse, necesariamente, en relación con otros preceptos de la propia Constitución y, asimismo, con los tratados y acuerdos internacionales ratificados por el Perú pues tales tratados, que forman parte del derecho nacional según lo que establece el artículo 55° Código Penal, cuando versan sobre derechos humanos poseen la misma jerarquía de las normas constitucionales relativas a derechos y libertades, de conformidad con la interpretación del art. 3° de la Constitución realizada por el TC, según la cual este precepto reconoce como derechos fundamentales de nuestro ordenamiento, además de aquellos expresamente enumerados en su texto, a “otros de naturaleza análoga”, entre estos se encuentran, en primer lugar, los enumerados en dichos tratados.

Siguiendo los lineamientos anteriores, se puede afirmar que la interdicción del despido “arbitrario” contenida en el precepto constitucional, supone la exigencia de causa justa para el despido, o en otras palabras, que la causalidad del despido es una institución que tiene reconocimiento en el ordenamiento constitucional y que el legislador está obligado a respetar al normar sobre esta materia.

2.4.4.2. La protección contra el despido arbitrario en la Constitución de 1993

Según (CUBA VELAOCHAGA, 2017), el derecho laboral tiene como justificación de su existencia la protección del trabajador en su situación de desventaja frente al poder del empleador. Es decir, se constituye como un mecanismo de nivelación en la relación contractual a nivel laboral. En tal sentido, es necesario que el ordenamiento laboral cumpla con su rol de protección del trabajador.

2.4.4.3. El modelo de mínima protección

La entrada en vigencia de la constitución de 1993, alentó las tendencias desreguladoras del Derecho del Trabajo (ERMIDA URIARTE, 1994), en particular las que incidían sobre la necesidad de reemplazar el régimen de estabilidad laboral por otro modelo de protección contra el despido, a partir de la desaparición de este derecho en el texto constitucional. Tal orientación se plasmó, finalmente en la Ley N° 26513, que reformó sustancialmente el marco regulador establecido por la LFE, fundamentalmente en cuanto suprimió el régimen dual de “estabilidad laboral” instaurado por esta norma, extendiendo la norma de dicha ley a todos los trabajadores con contrato de trabajo vigente, al margen de su fecha de ingreso²⁴, y modificar radicalmente determinadas materias de la misma, como, por ejemplo, suprimir la reposición como medida reparadora del despido incausado²⁵.

Tras sucesivas modificaciones de alcance parcial, el TUO-Ley de Fomento del Empleo fue dividido en dos textos diferente, reubicándose las materias relativas al contrato de trabajo, capacidad laboral y productividad, y empresas intermediarias de mano de obra, en la ahora denominada Ley de Productividad y Competitividad Laboral N° 728 (BLANCAS BUSTAMANTE, 2013).

2.4.4.3.1. Ámbito de aplicación de la ley:

a) Ámbito Subjetivo:

Para adquirir el derecho a la protección contra el despido arbitrario la LPCL establece ciertos requisitos que vamos a ver a continuación.

Por el régimen laboral que rige su relación de trabajo:

La primera condición que se exige al trabajador para quedar amparado por la Ley, es la encontrarse sujeto al régimen laboral de la actividad privada, conforme al texto del Art. 3° de la LPCL que señala que el “ámbito de aplicación” de esta norma “comprende a todas las empresas y trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad ‘privada’”.

Al respecto, es oportuno advertir que el precepto citado al mencionar en forma separada a las “empresas” y los “trabajadores” sujetos al régimen de la actividad privada, ha querido, por un lado, comprender en su campo de aplicación a todas las empresas que aplican dicho régimen, independientemente de su condición de empresas privadas o de propiedad del Estado, situación está que no constituye novedad alguna respecto a la legislación sobre estabilidad laboral quizás, sin embargo, resulte más novedosa la norma en cuanto concluye en su ámbito a todos los trabajadores sujetos al régimen laboral privado, toda vez que efectuada su lectura en esta forma, quedan bajo su campo de aplicación quienes laboran para aquellas entidades estatales que sin ser “empresas” aplican, por mandato de sus propias leyes, dicho régimen a las relaciones con sus servidores, tendencia esta que se ha desarrollado en los últimos tiempos, especialmente en los denominados “organismos públicos descentralizados” en los que, por consiguiente, se excluye la aplicación del régimen laboral de la carrera administrativa (BLANCAS BUSTAMANTE, 2013).

²⁴ Tercera disposición derogatoria de la Ley N° 26513, que deroga la Segunda Disposición Transitoria y Final del Texto Único Ordenado de la Ley de Fomento del Empleo.

²⁵ Texto Único Ordenado DE LA Ley de Fomento del Empleo, aprobado mediante Decreto Supremo N° 05-95-TR, siendo reglamentado mediante Decreto Supremo N° 001-96-TR.

☞ **Por la duración de su relación de trabajo.**

En el régimen laboral de la actividad privada pueden distinguirse dos clases de relaciones laborales: las de duración indeterminada y las de duración determinada, a las que se refiere la LPCL como “contratos sujetos a modalidad” (art. 4°), sin embargo, como una manifestación del principio de continuidad en nuestro ordenamiento laboral, se reconoce una presunción, *iuris tantum*, a favor de la existencia de un contrato de trabajo de duración indeterminada “en toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados (LPCL, art. 4°)”.

☞ **Por la duración de su jornada de trabajo:**

Para que el trabajador acceda a los derechos y beneficios del régimen laboral de la actividad privada, nuestra legislación ha establecido, que debe cumplir una jornada diaria no menor de cuatro horas.

Esta exigencia también se encuentra en la LPCL, cuyo art. 22° establece que el trabajador “que labore cuatro horas o más diarias para un mismo empleador” solo podrá ser despedido por causa justa contemplada en la ley y debidamente comprobada. El reglamento de la LFE (R-LFE), ha precisado que dicho requisito se considera cumplido cuando dividiendo la jornada semanal que realiza el trabajador entre seis o cinco días, según corresponda que realiza el resulte no menor de cuatro horas diarias²⁶ (BLANCAS BUSTAMANTE, 2013).

☞ **Por cumplir el periodo de prueba:**

La ley exige que el trabajador haya “superado el periodo de tres meses” para que alcance el derecho a la estabilidad.

En el Perú, el periodo de prueba existe en virtud de la disposición contenida en el artículo 6 del reglamento de la Ley 4016, que fija su duración en tres meses, concepto que fue afirmado por la ley 6871, cuyo artículo 4 se refirió a tres meses “consecutivos” como “tiempo” de prueba. Años más tarde, el Decreto Ley 14218 comprendió expresamente dentro de sus alcances a los trabajadores obreros y precisó algunos otros aspectos relativos de prueba, entre ellos los motivos para exonerar de él a un trabajador (BLANCAS BUSTAMANTE, 2013).

En nuestro derecho, el periodo de prueba es una fase inicial del contrato de trabajo y no un “(...) contrato definitivo, que por impedimento legal, se considera, no obstante, como contrato de libre resolución durante un periodo determinado de tiempo, sin necesidad de plazo de pre-aviso (...)”.

Como lo sostiene Alonso García citado por (BLANCAS BUSTAMANTE, 2013), para quien la diferencia con el “contrato de prueba” reside “(...) en el hecho de que aquí, de no producirse la denuncia del contrato, consolida la estabilidad de este, los efectos del mismo se consideran producidos desde el momento inicial de su celebración”.

El periodo de prueba es una institución importante del derecho del trabajo pues hace posible que ambas partes de la relación laboral –empleador y trabajador- se conozcan mutuamente y, sobre todo, valoren las condiciones generales –personales, profesionales y las propias del medio en que debe realizarse el servicio- antes de otorgar a dicha relación un grado mayor de permanencia y seguridad (BLANCAS BUSTAMANTE, 2013).

Esta finalidad del periodo de prueba se cumple independientemente de las normas protectoras contra el despido injustificado que puedan establecerse, como lo demuestra el hecho de que muchos ordenamientos carecen de un sistema de estabilidad laboral han instituido, sin embargo un periodo o contrato de prueba. En esos sistemas, la permanencia que adquiere la relación de trabajo después del periodo de prueba genera entre las partes derechos y obligaciones que no existen durante dicho periodo y, con referencia específica al despido impone, por lo general al

²⁶ Artículo 12.

empleador, algunas limitaciones o formalidades para su procedencia, las cuales, a veces, también se exigen al trabajador para su retiro voluntario (BLANCAS BUSTAMANTE, 2013).

No obstante, cuando prevalece un régimen legal de estabilidad, la importancia, y consecuencias, del periodo de prueba resultan de mayor transcendencia: cumplido este, al despido del trabajador solo podrá efectuarse por una causa justa y sin ella no tendrá valor, y si la estabilidad es absoluta, tampoco efecto alguno (BLANCAS BUSTAMANTE, 2013).

2.4.4.3.2. Ámbito material:

Según (BLANCAS BUSTAMANTE, 2013), el ordenamiento jurídico laboral peruano, desde la entrada en vigencia de la LFE, asumió, al regular las causas de extinción del contrato de trabajo, el sentido restringido del despido, en cuanto delimito los efectos de este únicamente a la extinción individual por decisión del empleador, basada en una causa justa vinculada a la capacidad o la conducta del trabajador.

Conforme a esta opción legislativa, el ámbito material de la protección contra el despido arbitrario, queda circunscrito a los despidos individuales fundados en causa justa, así como al despido nulo basado en los motivos prohibidos por la ley (LPCL, art. 29°) y a la terminación del contrato de trabajo por acto de hostilidad del empleador, comúnmente conocido como “despido indirecto”. Al margen de la tutela dispensa por el legislador a estos actos extintivos, señaladamente en cuanto se refiere a la revisión de su legitimidad en sede judicial y a la reparación de sus perjuicios mediante las medidas acordadas, para cada supuesto, por la LPCL, se encuentra la figura del despido “colectivo”, a la que tras varias modificaciones relativas a su denominación, se ha rebautizado como “Terminación de la Relación de Trabajo por Causa Objetivas”. (LPCL, Cap. VIII).

No obstante, en razón de lo que hemos dicho en relación a la interpretación de las normas constitucionales relativas al despido, resulta posible cuestionar la constitucionalidad de aquella opción político –legislativa, que a nuestro juicio recorta el sentido amplio del despido contenido en el art. 27 CP y, como efecto necesario, reduce el ámbito de la “adecuada protección contra el despido arbitrario” al no comprender dentro del mismo el conjunto de extinciones de la relación de trabajo cuyo origen reside en la voluntad del empleador (BLANCAS BUSTAMANTE, 2013).

2.4.4.4. Elementos configuradores de la protección contra el despido arbitrario:

Según (BLANCAS BUSTAMANTE, 2013), la protección adecuada contra el despido arbitrario, se encuentra constituida por dos elementos, que pasamos a desarrollar:

2.4.4.4.1. El despido causal:

A primera vista, la LPCL, se mantiene dentro del modelo de protección que hace de la existencia de una causa justa la condición sine qua non para la validez jurídica del despido.

En efecto, el artículo 22 LPCL señala que para el despido de un trabajador sujeto a régimen de la actividad privada, que labore cuatro o más horas diarias para un mismo empleador, “es indispensable la existencia de causa justa contemplada en la Ley y debidamente comprobada”. A su vez, los artículos 23°, 24° y 25° enumeran taxativamente las causas justas de despido relacionadas, respectivamente, con la capacidad y la conducta del trabajador.

El conjunto de estas normas nos indica, hasta el momento, que la LPCL, en materia de despido, se afilia a la noción del despido causal, lo que, en contrario sensu, debería significar la invalidez de aquel despido cuya causa no es debidamente comprobada por el empleador en el proceso judicial que instaure el trabajador para impugnar su despido. Pero, además, debiera significar que cualquier despido que se produce sin siquiera imputar causa alguna, tendría que ser privado de todo efecto extintivo y sancionado con la nulidad (BLANCAS BUSTAMANTE, 2013).

Esta visión inicial resulta, sin embargo, aparente, o, en todo caso incompleta, pues a la vista de otros preceptos de la propia LPCL, se advierte que esta permite y tolera (¿quizá fomenta?) el

despido incausado, tal como se deduce nítidamente del artículo 34° de la misma, según el cual “Si el despido es arbitrario por no haberse expresado causa o no poderse demostrar esta en juicio, el trabajador tiene derecho al pago de la indemnización (...)”.

Por tanto, conforme el artículo que acabos de citar, la noción de despido arbitrario obedece a dos supuestos: a) el despido sin expresión de causa, y b) despido con señalamiento de causa, la cual no se demuestra en juicio. De ambos supuestos, solo el segundo corresponde a un sistema legal que hace del despido causal el eje de la protección contra el despido injusto o arbitrario, pues el primero se encuadra, sin que quepa duda alguna, en la idea del despido libre, ad nutum o incausado, en que se exige al empleador justificar el despido en una causa o incumplimiento determinado.

En ese sentido, bajo la expresión “despido arbitrario” se engloban formas diferentes de despedir, a las que se equipara respecto de su eficacia extintiva de la relación laboral y en la medida reparadora o sanción al empleador –según el ángulo desde el cual se prefiera mirar- que impone la Ley. Ello quiere decir que, tan eficaz es el despido que prescinde de causa y forma, como aquel que observa ambas, aunque después no se demuestre la causa. En ambos casos también cuando se observe la forma (al menos por remitir la carta de despido) pero se omita expresar la causa, el despido será eficaz, produciendo la extinción de la relación laboral y el empleador será condenado a pagar una indemnización para reparar el carácter arbitrario del despido (BLANCAS BUSTAMANTE, 2013).

No consideramos, por ello, que sea jurídicamente riguroso calificar a este modelo legal como uno de “estabilidad relativa”, pues, como lo hemos sostenido anteriormente, en la concepción del despido como una “institución causal” reside la diferencia entre la noción de “estabilidad laboral” y un régimen de “despido libre”, por cuanto, a su vez, la distinción entre la estabilidad relativa y la absoluta está referida únicamente a las medidas reparadoras –indemnización o reposición- pero no a la exoneración del “principio de causalidad” que es elemento esencial en ambos clases de estabilidad (BLANCAS BUSTAMANTE, 1991).

La desprotección a que conducía este modelo legal ha sido corregida por vía jurisprudencial, al declarar el TC, que el artículo 34° LPCL en cuanto admite el despido sin expresión de causa, es incompatible con el “derecho al trabajo” reconocido en el artículo 22° de la constitución.

2.4.4.4.2. Tutela contra el despido arbitrario:

Una de las mayores novedades del modelo legal de “protección contra el despido arbitrario” –y quizá la que constituye su propósito principal- es la profunda modificación que introduce en los mecanismos de tutela frente al despido, en sentido claramente peyorativo para el trabajador.

La tutela restitutoria, plasmada en la reposición, obedece a la conexión lógica y jurídica entre la ilegalidad e ineficacia del despido, en razón de la cual la declaración judicial de ilegalidad del despido conllevaba, como efecto necesario, la ineficacia del mismo, manteniendo la vigencia del vínculo laboral, siendo consecuencia directa de ello la obligación del empleador de reponer al trabajador en su puesto de trabajo (MONEREO PÉREZ & MORENO VIDA, 1994).

La ley 26513 –luego LPCL- consuma la tendencia des-protectora, esbozada en la ley, al proceder a eliminar como medida reparadora del despido arbitrario la reposición, dejando como única reparación posible la “indemnización por despido”. Lo señala así el artículo 34 de la LPCL y el art. 31 del R-TUOLPCL, que señala que “es arbitrario el despido que se produce en contravención del art. 55 de la ley u se sanciona únicamente con la indemnización establecida en el art. 71 de la misma” (BLANCAS BUSTAMANTE, 2013).

2.4.4.5. Formas adecuadas de protección contra el despido arbitrario

Respecto a este punto, debe indicarse que existen dos formas de reparar el despido ilegal, entiéndase este como aquel que no se encuentra sustentado en una causal o que la causal no se logra acreditar en un proceso; siendo esta la indemnización y la reincorporación del trabajador a su puesto de trabajo, que se encuentran reguladas en el T.U.O. del Decreto Legislativo N° 728 (CUBA VELAOCHAGA, 2017).

Pero la forma adecuada de proteger al trabajador no nace del dispositivo legal antes señalado, sino más bien de la Constitución 1993, que es su artículo 27°, señala que corresponde al legislador brindar una “adecuada protección contra el despido arbitrario”.

Que es el artículo que reemplazo al artículo 48° de la Constitución de 1979, el cual no reconocía una protección contra el despido arbitrario, sino más bien reconocía el derecho a la estabilidad, derecho que en la actualidad no tiene regulación expresa, pero en doctrina se afirma que nos encontramos ante una estabilidad producto de la flexibilización de los derechos laborales por la Constitución de 1993.

Por otro lado, (PASCO COSMOPOLIS, 1989) citado por (CUBA VELAOCHAGA, 2017), señala: “Este artículo no suprime la estabilidad laboral, sino que la reorienta de modo de permitir varias opciones frente al despido sin causa”.

Asimismo, (CUBA VELAOCHAGA, 2017), señala que algunos autores consideran estabilidad solo a la absoluta y no a la relativa debido a que esta supone un concepto de un tipo de inestabilidad. Así, citando a (BRONSTEIN, 1993) señala: “si la estabilidad existe, el trabajador despedido sin causa justificada debería, en todo caso, tener derecho a su empleo, y, por consiguiente, el reintegro en su puesto de trabajo que tenía antes de ser despedido (...) lo que se entiende por estabilidad impropia o relativa es conceptualmente, un sistema de protección frente al despido injustificado, distinto de un sistema de protección frente al despido injustificado, distinto de un sistema de estabilidad en donde la única sanción posible es la nulidad del despido injustificado y el consiguiente reintegro del trabajador”.

Finalmente, respecto a la indemnización como adecuada protección contra el despido arbitrario, (COUTURIER, 1993) citado por (CUBA VELAOCHAGA, 2017), establece dos razones que explican su rol:

- ☞ Tiene fundamento remunerativo por cuanto se abona teniendo como base el salario base del trabajador.
- ☞ Tiene naturaleza reparadora del daño sufrido que se expresa por un despido ilegal ejecutado, por lo tanto, estamos frente a una indemnización propiamente dicha.

2.4.4.6. La indemnización por despido arbitrario

Sobre la indemnización por despido arbitrario, (BLANCAS BUSTAMANTE, 2013), señala que en doctrina es concebida como la sanción que se impone al empleador por la ruptura abusiva e ilegal de la relación de trabajo.

Asimismo, citando a (RAMIREZ BOSCO, 1986) sostiene que “(...) a la acción antijurídica culpable y dañosa del empleador que rescinde el contrato sin causa, el ordenamiento jurídico le imputa o le impone una sanción de indemnización que es una de las sanciones más corrientes para la rescisión unilateral de los contratos. Por eso se debe la indemnización si hará despido injustificado y en caso contrario no se la debe”.

En alusión, a una sanción o beneficio producto del despido, el profesor (BLANCAS BUSTAMANTE, 2013), señala que dentro del ordenamiento laboral, la Compensación por Tiempo de Servicios, nació con la Ley 4916, como una indemnización por despido, pero luego fue evolucionando “(...) para convertirse en un premio a la antigüedad y la permanencia” (PASCO COSMÓPOLIS, 1987).

Asimismo, respecto a si a los trabajadores de confianza despedidos arbitrariamente le corresponde también una indemnización, la Corte Suprema en el VII pleno jurisdiccional supremo en materia laboral y previsional, acordó por unanimidad que:

- ☞ “(...) En el caso de los trabajadores de dirección o de confianza de entidades públicas, la designación establecida en el artículo 43° del TUO del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR, se realiza en el marco de políticas públicas regulado por la Ley N° 28175, por lo que el retiro de la confianza o la remoción de dicho cargo no genera indemnización alguna para aquellos trabajadores que fueron designados directamente a un cargo de confianza o de dirección.
- ☞ Mientras que en el caso de los trabajadores de dirección o de confianza de empresas del Estado, la designación establecida en el artículo 43° del TUO del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR, no genera derecho a indemnización alguna para aquellos trabajadores que fueron designados directamente a un cargo de confianza o de dirección, y a los cuales posteriormente se les retire la confianza o se les remueva de dicho cargo.
- ☞ En el caso de los trabajadores que han venido desarrollando labores comunes u ordinarias y luego son promovidos a cargos de dirección o de confianza dentro de las mismas entidades públicas o empresas del Estado en las que trabajan, una vez que se les retire la confianza o sean removidos de dichos cargos, les corresponderá el pago de la indemnización por despido arbitrario en caso su empleador les impida reincorporarse a su antiguo puesto de trabajo; o cuando el propio trabajador opte por no reincorporarse a su antiguo puesto de trabajo.”

2.4.4.7. Sistemas indemnizatorios

(PLÁ RODRÍGUEZ, 1998) Señala que hay que distinguir entre indemnizaciones tarifarias, que se ajustan a una tarifa que establece el monto función de ciertos criterios cuantitativos, y las indemnizaciones fijadas por el juez, que las determina en función de las circunstancias de cada caso concreto.

Asimismo, (RAMIREZ BOSCO, 1986), citado por (BLANCAS BUSTAMANTE, 2013), precisa las características y razones, que hicieron que nuestro legislador laboral se inclinara por una indemnización tarifada o de monto prefijado, y señala: “la indemnización legal por despido tiene un valor prefijado, no importa la cuantía de los daños sufridos, contra lo que ocurre con el derecho comun en el que el daño o indemnización deben en lo posible igualarse. La indemnización laboral es una tarifada, para así evitar al trabajador los problemas normales de prueba sobre la importancia de sus prejuicios, medio técnico que con propósito protectorio el derecho del trabajador usa con frecuencia”.

En referencia a otras legislaciones, (PLÁ RODRÍGUEZ, 1998) citado por (BLANCAS BUSTAMANTE, 2013) indica: “Que adoptan distintos criterios pero hay algunos que se repiten casi sin variantes, entre los cuales los principales son la remuneración y la antigüedad como datos fundamentales para determinar el monto de la indemnización en cada caso”.

2.4.4.8. La tarifa indemnizatoria por despido

De acuerdo al artículo 38° del TUO de la Ley de Productividad y Promoción del Empleo aprobado por el Decreto Supremo N° 003-97-TR, señala como que la indemnización por despido arbitrario tiene un tope 12 remuneraciones, debiendo liquidarse una remuneración y media por año laborado.

En referencia a este tema, (BLANCAS BUSTAMANTE, 2013), señala que desde la implantación del régimen legal de estabilidad laboral con el Decreto Legislativo 18471, la indemnización por despido, ha seguido un sistema tarifado, esto es, ha sido fijada *ex lege*, de tal

manera que no resulte necesario que el trabajador alegue, sin que tenga que probar, la cuantía de los daños y perjuicios ocasionados por el despido.

2.4.4.9. La remuneración como base de la indemnización

Según (BLANCAS BUSTAMANTE, 2013), el monto de la indemnización depende mucho de la remuneración; por lo que interesan al respecto dos cuestiones: a) lo que debe entenderse por remuneración mensual, y b) la fecha a la que corresponde la remuneración que se emplee para calcular la indemnización.

En cuanto a la primera (BLANCAS BUSTAMANTE, 1991) señala: se debe entender a la remuneración ordinaria mensual, siendo preciso que se cite el artículo 6 de la LPCL según el cual remuneración constituye todo efecto legal íntegro que el trabajador recibe por sus servicios, en dinero o en especie, cualquiera sea su denominación; solo que siempre sea de libre disposición del trabajadores.

Mientras que la segunda, señala el autor será aquella que última remuneración percibida por el trabajador antes del despido, este último criterio ha sido tomado en cuenta por la Corte Suprema de la República en la Casación N° 2129-2003-Chincha.

2.4.4.10. Pago de la indemnización por despido

De acuerdo al reglamento de la LPCL, el empleador tiene 48 horas después del despido. Asimismo, debe tenerse en cuenta que de no cancelarse en dicho plazo, el trabajador tendrá derecho al pago de intereses legales, que pueda fijar el Banco de la Nación.

Sobre lo antes señalado, (BLANCAS BUSTAMANTE, 1991) agrega que el cálculo de la indemnización, no se tomara en cuenta el tiempo anterior a un reingreso, toda vez que la tutela resarcitoria solo se limita al periodo de laboro extinguió por la causal invocada en el proceso, no las anteriores a ella.

2.4.4.11. Naturaleza jurídica

En la casuística nacional laboral se ha evidenciado que pese a que nuestro ordenamiento jurídico brinda una protección especial a los derechos del trabajador por la propia naturaleza del contrato laboral, como son los derechos específicos dígame la huelga, las utilidades, libertad sindical y demás; sin embargo, se debe recordar que dichos derechos no solo deben de ser por la naturaleza del trabajador que emerge a partir del contrato de trabajo; sino también conservar perennemente la idea de que este se encuentra premunido de la protección a sus derechos inespecíficos; es decir, a los derechos fundamentales que le corresponden como ciudadano, como la libertad de expresión, el libre desarrollo de su personalidad, etc., los cuales tienen como fundamento principal la dignidad del ser humano (ARAUCO VIVAS, 2019).

Existen dos posturas marcadas respecto al otorgamiento del pago por daños ocasionados a raíz del despido inconstitucional, siendo la primera una postura formalista, que indique que solo es factible el pago señalado en el artículo 38° del Decreto Supremo N° 003-97-TR esto en cuanto al despido arbitrario, sin reconocer otro tipo de daño adicional sin embargo, surge la idea que dicho articulado no regula todos los daños que ha sufrido el trabajador, sino que se estaría obviando el daño moral que ha sufrido; consecuentemente, la segunda postura, insta a que se tome en consideración la naturaleza humana del trabajador, que producto del despido inconstitucional se le ocasiona un sufrimiento eminente y subjetivo, el cual resulta razonable resarcir económicamente, otorgarle incluso sin que se exija pruebas que corroboren ello conforme a las máximas de la experiencia y la sana crítica (ARAUCO VIVAS, 2019).

Ante la falta de reparación a raíz de la reincorporación por los despido inconstitucionales, no se ha reparado la totalidad de los daños ocasionados por el despido, es decir, si ante un inminente despido, que trae como consecuencia cualquiera de las dos tutelas señaladas, resulta lógico adicionar a ello el resarcimiento por el daño emocional sufrido al que se le denomina, daño moral (ARAUCO VIVAS, 2019).

Para hablar de indemnización por daño, no puede dejarse de tocar su relación con la responsabilidad civil, regulada en el artículo 1969 del Código Civil, sin embargo, no debe dejarse de considerar que la relación laboral comienza con el Contrato laboral, que para (TOYAMA MIYAGUSUKU J. , 2017) es “el acuerdo de voluntades entre dos partes llamada: trabajador y empleador, el primero se compromete a prestar sus servicios en forma personal a cambio de una remuneración pagada por el segundo quien, en virtud de un vínculo jurídico de subordinación (dependencia), goza de facultades de dirigir, fiscalizar y sancionar los servicios prestados”. En ese sentido, corresponde filtrar los hechos del caso bajo la Teoría de la Responsabilidad Civil, no perdiendo de vista que después de todo que la relación laboral nace de un contrato (ARAUCO VIVAS, 2019).

2.4.4.12. Por daños y perjuicios laborales

Según (ARAUCO VIVAS, 2019):

Ante la falta de reparación a raíz de la reincorporación por los despidos inconstitucionales, no se ha reparado la totalidad de los daños ocasionados por el despido, es decir, si ante un inminente despido, que trae como consecuencia cualquiera de las dos tutelas señaladas, resulta lógico adicionar a ello el resarcimiento por el daño emocional sufrido al que se le denomina, daño moral.

Para hablar de indemnización por daño, no puede dejarse de tocar su relación con la responsabilidad civil, regulada en el artículo 1969 del Código Civil, sin embargo, no debe dejarse de considerar que la relación laboral comienza con el Contrato laboral, que para (TOYAMA MIYAGUSUKU, 2017) es “el acuerdo de voluntades entre dos partes llamada: trabajador y empleador, el primero se compromete a prestar sus servicios en forma personal a cambio de una remuneración pagada por el segundo quien, en virtud de un vínculo jurídico de subordinación (dependencia), goza de facultades de dirigir, fiscalizar y sancionar los servicios prestados”. En ese sentido, corresponde filtrar los hechos del caso bajo la Teoría de la Responsabilidad Civil, no perdiendo de vista que después de todo que la relación laboral nace de un contrato.

2.4.4.13. Teoría de la responsabilidad Civil - Laboral

Al revisar los orígenes de la responsabilidad civil que en el Derecho Romano, se observa que ha sido estableciéndose de dos formas: responsabilidad civil contractual y la extracontractual, siendo materia de análisis en esta ocasión, únicamente la primera, ya que esta se circunscribe básicamente al origen de las obligaciones y al nexo de causalidad, pues las primeras (obligaciones) nacen del acuerdo entre las partes; es decir, del contrato laboral; en cambio, cuando mencionamos a la responsabilidad civil extracontractual devendrá propiamente de la Ley.

Así cuando nos referimos a indemnizar no acogemos a lo que señala (OSTERLING PARODI): “Indemnizar quiere decir poner a una persona, en cuanto sea posible, en la misma situación en que se encontraría si no se hubiese producido el acontecimiento que obliga a la indemnización”.

Por lo que para aplicar una teoría de la responsabilidad proveniente de un despido inconstitucional y se otorga una indemnización adicional a la reposición y a la indemnización señala por ley, debemos de verificar el siguiente presupuesto:

- **El hecho antijurídico:** sería el despido abusivo por parte del empleador, el cual contraviene el ordenamiento jurídico.
- **El daño:** detrimento que sufre una persona, pudiendo ser patrimonial o extra-patrimonial.
- **El nexo de causalidad:** es el vínculo que existe entre la conducta antijurídica y el daño; es decir tiene que existir una relación de causa efecto entre el hecho y el daño, el cual se encuentra prescrito en el segundo párrafo del artículo 1321 del Código Civil Peruano que dice: “El resarcimiento por la inejecución de la obligación o por su incumplimiento (...) comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediatamente y directa de tal inejecución”.

- **Factor de atribución:** este último elemento se refiere a la intención del agente al momento de producir el daño.

Ahora bien, conforme lo hemos señalado se ha venido desarrollando este punto en base a normativa civil, lo que no resulta del todo aplicable para los casos laborales; por lo que se ha generado una nueva tendencia que la específica a un campo más intuitivo como es el Derecho Laboral, y la denominada “teoría de la responsabilidad laboral” (FORMARO, 2010), que resulta adecuada en el ámbito de esta rama del Derecho, pues se interpreta conforme a los principios laborales; es decir, con un sentido protector al trabajador.

Lo que no quiere decir, que debamos desligarnos del todo del Derecho Civil, ya que existen figuras jurídicas civiles que no encontramos dentro de la normativa laboral; sin embargo, hacemos énfasis en diferenciar un proceso civil de uno laboral, ya que el primero encuentra que las partes son iguales; mientras que en el segundo, notablemente ello no sucede así, debido a la subordinación del trabajador; por ello, al desarrollar los conflictos laborales, debemos de tomar en consideración dicha disparidad e interpretar las normas con un sentido que lleve a equilibrar la situación entre el trabajador y el empleador (ARAUCO VIVAS, 2019).

2.4.4.14. Caducidad del derecho a impugnar el despido

Según (BLANCAS BUSTAMANTE, 2013), el trabajador puede impugnar el despido, en los supuestos de despido arbitrario, nulidad de despido y despido indirecto por actos de hostilidad, dentro de un “plazo de caducidad de treinta días producto del despido²⁷”

Agrega, este plazo de caducidad es uno de forma excepcional en la legislación laboral, pues no rige para la reclamación judicial de los demás derechos derivados de la relación laboral, ni siquiera para aquellos que se genera recién al extinguirse esta, ya que en todos estos supuestos opera la prescripción extintiva, cuyo plazo actual es de cuatro años, a partir del cese de dicha relación, conforme a la Ley N° 27321.

2.4.4.15. Efecto social de la indemnización: protección adecuada frente al despido

Según (CUBA VELAOCHAGA, 2017), el efecto social de esta situación es preocupante ya que cuando los montos indemnizatorios otorgados son bajos, como sucede en nuestro país, por un lado se alienta al despido arbitrario y, por otro lado, los trabajadores cesados se encontraran en la situación crítica que generara malestar general.

Asimismo, señala que en la última década en el país, gracias al cambio constitucional y a la viabilidad del despido arbitrario a cambio de una indemnización, ha causado el aumento abrupto de despidos y en ese modo la tasa de desempleo, los cuales muchas veces no logran reinsertarse en el mercado, debiendo incurrir a empleo esporádicos y de tipo informal.

Sin embargo, no todo es malo cuando se habla de indemnizar por despido arbitrario; por ejemplo (BLANCAS BUSTAMANTE, 2013), que existe un sistema de indemnización es más proteccionista que la sola reposición, toda vez que este último sistema de protección; supone la reposición del trabajador despedido a cambio del cumplimiento riguroso de requisitos; sin embargo, en un sistema de indemnizaciones siempre cabría indemnizar al servidor despedido arbitrariamente a pesar de no haber sufrido daños y aun con ellos; puede simultáneamente hacer valer en otro proceso los daños adicionales que haya sufrido.

Empero, igualmente el pago por despedir siempre generara algún tipo de daño en el trabajador y su estabilidad emocional, que luego se ve reflejada en la sociedad, por la dependencia, baja autoestima y hasta depresión que puede causar la muerte.

²⁷ Artículo 36 de la LPCL.

2.4.5. LA ESTABILIDAD LABORAL EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

2.4.5.1. La administración pública como empleador

Para hablar de la Estabilidad laboral en la administración pública, debemos entender primero; a que nos referimos con el término administración pública; debido a que -como muchas palabras- tienen distintos significados, de acuerdo al contexto en el que se le analice.

En este contexto, nosotros partiremos de lo señalado por (CABRERA VASQUEZ & QUINTANA VIVANCO, 2011) respecto a la Administración Pública, quienes señalan: “La administración pública, considerada como uno de los aspectos de la personalidad del Estado, requiere persona físicas que formen y exterioricen la voluntad de éste.

Por otro lado, los autores hacen la distinción entre el órgano-institución y el órgano-individuo, señalando: “Mientras que el órgano-institución, (o a secas órgano), representa una unidad abstracta, una esfera de competencia, el órgano individuo, (o a secas titular), representa una persona concreta que puede ir variando sin que se afecte la continuidad del órgano y que tiene, además de la voluntad, que, dentro de la esfera de competencia del órgano representa la del Estado, una voluntad dirigida a la satisfacción personal. Es factor transcendente y primordial dentro del Derecho Administrativo.” (CABRERA VASQUEZ & QUINTANA VIVANCO, 2011).

De lo antes expuesto, podemos concluir; que dentro del aparato estatal, por más que se hable de entidades y del personal que lo compone; siempre debe de tenerse en cuenta que detrás de ellos está la voluntad del Estado, que actuara como empleador, para busca la contratación de personal que le permita exteriorizar su voluntad para el cumplimiento de sus fines, tales como las necesidades básicas y servicios básicos de sus nacionales.

Por otro lado, (QUISPE CHAVEZ, 2011), señala: debido a que con la Constitución de 1979 y el Decreto Legislativo, pasamos de una teoría unilateralista a una contractualista, “las personas que tienen relaciones laborales con el Estado cuentan con los mismo derechos constitucionales que los trabajadores privados”.

Igualmente para este autor, “la relación laboral en el régimen laboral publico implica la prestación subordinada y remunerada brindada por trabajador en el marco del interés público que genera el Estado.”

2.4.5.2. Función pública

Si hemos hablado de la administración pública, como aparato estatal para el cumplimiento de la voluntad del Estado, debemos hablar de Función Pública.

Sobre el particular, CABRERA VASQUEZ & QUINTANA VIVANCO, (2011), señalan: “La concepción de la función pública en nuestro país, ha estado configurada en razón del rol intermediador del Estado tradicional, donde según ese criterios los Gobiernos deberán encargar, cautelar y ser cautivos de los intereses de los grupos dominantes”.

Continúan, “este enfoque condicionaba y aun condiciona actitudes en el trabajador las causales se manifiestan en su ineficacia, indiferencia, conformismo y falta de compromiso social, asumidas como naturales e insuperables características; y desde esta esta posición, encargado de reproducir y de mantener las relaciones de marginación y concentración existente en la sociedad. A partir de ello las funciones que debían caracterizar al Estado, relativas al servicio público, nunca fueron precisadas ni sistematizar en base a las reales necesidades e intereses de la población, y por ende, su margen era y es totalmente negativa y no acorde con las exigencias de una sociedad caracterizada por profundas diferencias estructurales”.

En ese orden de ideas, Ley N° 27815, Ley de Código de Ética de la Función Pública, en su art. 2, señala: “(...) Se entiende por función pública toda actividad temporal o permanente, remunerada honoraria, realizada por una persona en nombre o al servicio de las entidades de la administración pública, en cualquiera de sus niveles jerárquicos”.

Para CABRERA VASQUEZ & QUINTANA VIVANCO (2011), “Es el conjunto de actividades que se realizan o ejercen para el cumplimiento de los fines del estado, las mismas que son efectuadas por personas físicas, para lo que se cuenta con la investidura correspondiente y que implica derechos, deberes y obligaciones”.

En pocas palabras; la Función Pública, es la voluntad del estado ejercida por personas naturales con la intención de cumplir con sus fines, lo que significa investir a dichas personas naturales con derecho, deberes y obligaciones. No pudiéndose separar la Función Pública del Servidor Público; debido a que siempre representara una parte de esa voluntad exteriorizada del Estado, buscando satisfacer las necesidades básicas de sus nacionales.

2.4.5.3. Servidor público

Como ya hablamos de Administración Pública y de Función Pública, pero hasta ahora no sabemos nada, de la persona natural que todos miramos y que representan al Estado, denominado Servidor Público.

Para CABRERA VASQUEZ & QUINTANA VIVANCO (2011), servidor público, son los ciudadanos que prestan su trabajo al servicio de la Nación, puede ser elegido o designado para desempeñar funciones o cargos públicos asignados por Ley, remunerados, dentro de una relación de subordinación jerárquica (el subrayado es nuestro).

2.4.5.4. Clasificación de servidores públicos.

En doctrina, se discute sobre la verdadera clasificación de los servidores públicos, algunos señalan que solo existe una clasificación y esta es la de servidores públicos y funcionarios públicos, sin embargo para otros, el empleador de confianza también es parte de dicha clasificación; sin embargo, en nuestra humilde opinión, consideramos que dicho trabajador de confianza se encuentra dentro de la clasificación de funcionario público, toda vez que es elegido o designado por un funcionario público y por tanto, depende mucho de la voluntad y de la confianza de este; no siendo independiente en ningún momento de dicha clasificación.

En ese sentido, y para mejor desarrollo de este tema, creemos conveniente citar a (QUISPE CHAVEZ, 2011), quien mantiene en su clasificación al empleado de confianza como clasificación independiente. Por lo que pasamos a desarrollar lo expresado por dicho actor:

2.4.5.4.1. Funcionario público.

Para (QUISPE CHAVEZ, 2011), señala que aquel trabajador que desempeña funciones de preeminencia política, representa al estado o a un sector de la población, dirige entidades públicas y su calidad es reconocida por norma expresa.

Asimismo, lo sub-clasifica en: a) de elección popular directa (ej. Congresistas de la República), b) de nombramiento y remoción regulados (ej. magistrados del Tribunal Constitucional) y c) de libre nombramiento y remoción (ej. Ministros de Estado).

2.4.5.4.2. Servidor de confianza.

Para (QUISPE CHAVEZ, 2011), es aquel trabajador que desempeña un cargo de confianza técnico o político, distinto del funcionario público. Y de acuerdo a Ley, su número dentro de la entidad de la que depende, en ningún caso puede ser mayor al 5% de servidores públicos.

2.4.5.4.3. Servidor público.

Según (QUISPE CHAVEZ, 2011), se sub-clasifica en: a) director superior (se ingresa por concurso público de méritos y capacidades), b) ejecutivo (desarrolla funciones administrativas, de fiscalización y auditoría), c) especialista (realiza labores de ejecución de servicios públicos) y d) de apoyo (servidor de apoyo y/o complemento).

2.4.5.5. Régimen laboral público (Decreto Legislativo N° 276)

El régimen laboral público, se creó el Decreto Legislativo N° 276, en el año de 1984; y se denominó como ley de la carrera administrativa, y de acuerdo con su artículo 40°, es la Ley la que regula el ingreso a la carrera, así como los deberes y responsabilidades de los servidores públicos.

Así, entre las características de la Carrera administrativa tenemos: a) su ingreso es por concurso público, b) posee una estructura estratificada, es decir el servidor puede ascender de niveles de acuerdo a sus méritos y c) los servicios públicos de la carrera administrativa tienen derecho a la estabilidad laboral y no pueden ser cesados sin previamente ser sometidos a un proceso disciplinario.

De acuerdo a su estructura, se divide en grupos ocupacionales y niveles, en el caso de grupos ocupacionales, se sub-divide en a) grupo profesional, b) grupo técnico y c) grupo auxiliar; asimismo dentro de los grupos estos se sub dividen en niveles; siendo del nivel 1 al 8, los que se encuentran en el grupo profesional, del nivel 3 al 12, los del grupo técnico y finalmente del grupo auxiliar desde el nivel 8 al catorce. Si bien los niveles se repiten en uno y otro grupo, ello no quiere decir que existe error en la redacción de la norma, sino más bien a la misma progresión existente entre los distintos grupos ocupacionales.

Como lo venimos repitiendo, el ingreso a la carrera administrativa, se debe dar obligatoriamente por concurso público, (QUISPE CHAVEZ, 2011) señala: “el ingreso a la administración pública en la condición de servidor de carrera o de servidor contratado para labores de naturaleza permanente se efectúa obligatoriamente mediante concurso, y la incorporación a la carrera administrativa será por el nivel inicial del grupo ocupacional al cual se postuló.”

2.4.5.6. El despido en la administración pública

2.4.5.6.1. Principios que rigen las sanciones disciplinarias

Al tener una naturaleza sancionadora, el despido en la administración, debe respetar el principio del debido proceso, esto es respetar derecho como el de defensa y motivación necesaria de los actos administra; asimismo deben respetarse principios como el de inmediatez y el de ne bis in ítem.

☞ El debido proceso:

El Tribunal Constitucional en la STC N° 7289-2005-AA/TC, señala el debido proceso es un derecho cuyo ámbito de irradiación no abarca exclusivamente el campo judicial, sino que se proyecta, con las exigencias de respeto y protección, sobre todo órgano, público o privado, que ejerza funciones formal o materialmente jurisdiccional.

En ese sentido, (QUISPE CHAVEZ, 2011) el debido procedimiento llevado al proceso disciplinario, supone que lesión del debido proceso se hará presente cuando efectivamente la entidad no ejerce de manera correcta las etapas del procedimiento, y no realice los actos que favorezcan el ejercicio del derecho de defensa del trabajador.

Agregando, el debido proceso se reflejara cuando la sanción que se aplique haya omitido las formalidades señaladas en el procedimiento, no permitiéndose por ejemplo acceder a documentación para sustentar sus descargos.

☞ El principio de inmediatez

Según (QUISPE CHAVEZ, 2011), es el requisito esencial que condiciona formalmente el despido, asimismo se considera como un límite a la facultad sancionadora del empleador y su vulneración conduce a un despido incausado.

De acuerdo al artículo 173° del Decreto Supremo N° 005-90-PCM, señala que el procedimiento disciplinario debe iniciarse en un plazo no mayor de un año contado a partir del

momento en que la autoridad competente tenga conocimiento de la comisión de la falta disciplinaria.

☞ **El principio ne bis in ídem.**

De acuerdo con (QUISPE CHAVEZ, 2011) es un principio incluido dentro del debido proceso, reconocido en el artículo 139° inc. 3 de la Constitución, que señala que nadie puede ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido sancionado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la Ley y el procedimiento penal de cada país.

Por otro lado, la STC N° 2050-2002-AA/TC, este principio tiene una dimensión procesal y una dimensión material, en ese sentido, respecto a la dimensión procesal, supone la garantía a que nadie puede ser juzgado dos veces por los mismo hechos; es decir, protege el hecho de que se puedan iniciar dos procesos con el mismo objeto. Sin embargo, respecto a la dimensión material, supone el hecho nadie pueda ser castigado dos veces por un mismo hecho.

2.4.5.6.2. Sanciones disciplinarias distintas del despido

Según (QUISPE CHAVEZ, 2011) la legislación laboral del sector público reconoce, además del despido, las siguientes sanciones aplicables al servidor o personal directivo incurso en inconducta funcional:

- ☞ **Amonestación verbal o escrita:** la primera será efectuada por el jefe inmediato en forma personal y reservada. Para el caso de la segunda, la sanción se oficializa por la resolución del jefe de personal.
- ☞ **Suspensión en el cargo sin percepción remunerativa hasta por 30 días calendario:** esta sanción es de forma indirecta por el jefe inmediato y deberá de contar con la aprobación del jefe superior jerárquico. La sanción se oficializa con la resolución del jefe de personal.
- ☞ **Cese temporal sin goce de haber no menor de 30 días y hasta un límite de 12 meses:** sin embargo, esta sanción necesita de un procedimiento sancionador, a comparación de las anteriores que es decisión del jefe directo, mientras que el número de meses será propuesto por la comisión de procesos administrativos.

2.4.5.7. Faltas disciplinarias

El artículo 150 del Decreto Supremo N° 005-90-PCM consideran falta disciplinaria toda acción u omisión, voluntaria o no, que contravenga las obligaciones, prohibiciones y demás normativa específica sobre los deberes de servidores y funcionarios señalados en el artículo 28 del Decreto Legislativo N° 276. Sobre lo dicho (QUISPE CHAVEZ, Régimen laboral de los trabajadores públicos, 2011), señala que dicho artículo para referirse directamente a la falta grave, toda vez que dicho artículo enuncia a las faltas como sanción la destitución o el cese temporal.

Continúa señalando, la primera característica de las faltas disciplinarias graves es que pueden configurarse por una conducta directa u omisiva del trabajador; vale decir, que estas faltas no solo se configuran por un hacer del trabajador, sino también por un no hacer.

En adición, (CABRERA VASQUEZ & QUINTANA VIVANCO, 2011), señala que los servidores públicos son responsables civil, penal y administrativamente por el cumplimiento de las normas legales y administrativas en el ejercicio del servicio público, sin perjuicio de las sanciones de carácter disciplinario por las faltas que cometan (art. 25° del D. Leg. 276). De lo que se deduce que los servidores y/o funcionarios públicos serán sancionados administrativamente por el incumplimiento de las normas generales y administrativas en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de la responsabilidad civil y/o penal en que pudieran incurrir. La aplicación de la sanción se hace teniendo en cuenta la gravedad de la falta.

La Ley ha prescrito las sanciones por falta disciplinarias, que son:

- a) Amonestación verbal o escrita.
- b) Suspensión sin goce de remuneraciones hasta por treinta días.

- c) Cese temporal sin goce de remuneraciones hasta por doce meses, y
- d) Destitución (art. 26 del D. Leg. N° 276).

Para aplicar la sanción a que hubiere lugar, la autoridad respectiva tomara en cuenta, además:

- a) La reincidencia o reiteración del autor o autores.
- b) El nivel de carrera; y
- c) La situación jerárquica del autor o autores (art. 154° del reglamento de la Ley de Carrera Administrativa D.S. N° 005-90-PCM).

El cese temporal sin goce de remuneraciones y destitución se aplican previo procedimiento administrativo disciplinario.

Asimismo, (QUISPE CHAVEZ, 2011) enfatiza que el elemento de la gradualidad es muy importante en la tipificación y sanción de falta grave. Para ello se ha establecido los siguientes criterios: a) Circunstancia en que comete la falta, b) forma de comisión, c) Concurrencia de varias faltas, d) Participación de uno o más servidores en la comisión de la falta y e) efectos que produce la falta.

Finalmente, sobre el particular, el artículo 27° del Decreto Legislativo N° 276, señala que los grados de sanción corresponde a la magnitud de las faltas, según su menor o mayor gravedad; sin embargo, su aplicación no será necesariamente correlativa ni automática, debiendo contemplarse en cada caso, no sólo la naturaleza de la infracción sino también los antecedentes del servidor, constituyendo la reincidencia serio agravante. (...) Una falta será tanto más grave cuanto más elevado sea el nivel del servidor que la ha cometido.

2.4.5.7. Faltas graves:

De acuerdo con el artículo 28° del Decreto Legislativo 276, son faltas de carácter disciplinarias que, según su gravedad, pueden ser sancionadas con cese temporal o con destitución, previo proceso administrativo:

- ☞ Incumplimiento de las normas establecidas en el régimen laboral público.
- ☞ Reiterada resistencia al cumplimiento de las órdenes de los superiores relacionadas con las labores.
- ☞ Incurrir en acto de violencia, grave indisciplina o falta de palabra al del personal superior y de los compañeros de labor.
- ☞ Negligencia en el desempeño de las funciones.
- ☞ Impedir el funcionamiento del servicio público.
- ☞ Utilización o disposición de bienes de la entidad en beneficio propio o de terceros
- ☞ Concurrencia reiterada al trabajado en estado de embriaguez o bajo influencia de drogas y aunque no sea reiterada, cuando por la naturaleza del servicio revista excepcional reiteración.
- ☞ Abuso de autoridad, prevaricación o uso de la función con fines de lucro.
- ☞ Causar intencionalmente daños materiales en los locales, instalaciones, obras, maquinarias, instrumentos, documentación y demás bienes de propiedad de la entidad o en posesión de esta.
- ☞ Actos de inmoralidad.
- ☞ Ausencia injustificada por más de tres días consecutivos, o por más de cinco días no consecutivos dentro del periodo de 30 días calendario o más de quince días no consecutivos, dentro de un periodo de 180 días.
- ☞ Incurrir en actos de hostigamiento sexual, conforme a la ley de la materia.

2.4.5.8. Procedimiento administrativo sancionador:

2.4.5.8.1. Noción:

Según (QUISPE CHAVEZ, 2011), es un mecanismo dirigido para sancionar u absolver a los servidores públicos que hayan incurrido en falta de carácter disciplinario, y que traerá como consecuencia -de acuerdo con su gravedad y a la comprobación de la causa- sanciones como Cese temporal o la destitución, del servidor público.

En adición, como se dijo precedentemente, se tiene un año de plazo legal, para iniciar este procedimiento, después del cual se podrá declarar la prescripción de la acción sin perjuicio de la acción civil o penal, que pueda plantear la entidad competente si hubiere lugar.

2.4.5.8.2. Comisión de procesos administrativos:

De acuerdo con (QUISPE CHAVEZ, 2011), dentro del procedimiento administrativo sancionador, la comisión de procesos administrativos disciplinarios es el ente encargado de calificar y emitir un pronunciamiento sobre la procedencia de apertura de procesos disciplinario que le sean remitidos por autoridad competente; sin embargo, después de la investigación solo podrá elevarle informe al titular de la entidad y recomendar una sanción, mas no imponer la misma.

2.4.5.8.3. Etapas del procedimiento sancionador:

☞ **Denuncia:** De acuerdo con (QUISPE CHAVEZ, 2011), es el acto por el cual se pone en consecuencia conocimiento de la autoridad competente, de que un servidor o funcionario público ha incurrido en alguno de los actos incurridos en el artículo 28 del Decreto Legislativo N° 276.

☞ **Calificación:** Según (QUISPE CHAVEZ, Régimen laboral de los trabajadores públicos, 2011) recibida la documentación por la Comisión Permanente de Procesos Administrativos Disciplinarios, está la examinara y de ser el caso podrá solicitar que se amplíe la investigación por parte del órgano de control.

☞ **Emisión de resolución administrativa:** para (QUISPE CHAVEZ, 2011) una vez de que el titular de la entidad reciba el informe de calificación y procedimiento pertinente de parte de la Comisión, de estimarse procedente, expedirá la resolución de instauración de proceso administrativo. Seguidamente, se remitirá el expediente a la Comisión.

☞ **Descargo:** este supone el respeto del derecho de defensa que en todo proceso o procedimiento debe respetarse, y que supone el respeto al Derecho Constitucional al debido proceso.

En ese sentido, (QUISPE CHAVEZ, 2011), señala que una vez aperturado el procedimiento disciplinario, el expediente de la investigación preliminar son remitidos junto con la resolución autoritativa a la comisión de procedimientos administrativos disciplinarios. Esta deberá poner de conocimiento al servidor a fin de que ejerza su derecho de defensa, presentando ante la comisión el descargo y las pruebas que crea pertinentes.

☞ **Investigación e informe final:** a Comisión hará las investigaciones del caso, solicitando los informes pertinentes a las oficinas o dependencias correspondientes, examinara las pruebas que se presenten y aquellas insertas en el expediente, elevado un informe al titular de la entidad, recomendando las sanciones que sean de aplicación y remitirá todo lo actuado a la autoridad superior con un dictamen sustentatorio.

☞ **Determinación de la sanción:** según (QUISPE CHAVEZ, 2011) es la prerrogativa del titular de la entidad determinada el tipo de sanción a aplicarse, atendiendo a sus condiciones personales, modalidad en la transgresión, época de comisión, etc.

☞ **Medios impugnatorios:** debido a que la destitución o el cese temporal se sancionara luego de un procedimiento administrativo que terminara con la resolución de sanción o exoneración, esta terminación siendo, de acuerdo con el derecho administrativo, un acto administrativo y que de

acuerdo al art. 207 del Texto Único Ordenado de la Ley 27444, puede ser impugnado mediante el recurso de reconsideración o de apelación.

2.4.5.9. Formas de protección.

Respecto a este punto, de acuerdo con el artículo 27 de la Constitución, el trabajador tiene derecho a una adecuada protección contra el despido arbitrario, lo que en el derecho laboral público sería el cese definitivo o la destitución del empleado público, sin el procedimiento sancionador correspondiente, respetando los principios de debido procedimiento, inmediatez, legalidad y tipicidad.

En ese sentido, adecuada protección contra el cese definitivo o la destitución arbitraria de un empleado público -doctrinariamente hablando- sería tanto la indemnización o la reposición del empleado público.

Sin embargo, dentro de este régimen no se encuentra regulado la indemnización como pasible de aplicación ante un cese arbitrario o ilegal, lo cual supondría que no cabe más que la reposición del empleado público en el cargo que venía desempeñando; empero dicha forma de protección en principio solo se le reconocía a los trabajadores nombrados.

Por otro lado, en diciembre de 1984, se emitió la Ley 24041, que emitió que protegía a los servidores contratados que no habían ingresado mediante concurso público, pero que laboran para la administración en cargos de naturaleza permanentes y por más de un año ininterrumpido.

2.4.5.10. Ley N° 24041: protección de los servidores públicos contratados.

2.4.5.10.1. Premisas generales:

Esta norma fue publicada en el 28 de diciembre de 1984, debido a la falta de protección, que tenía el servidor contratado, dentro del Decreto Legislativo N° 276 y su Reglamento el Decreto Supremo 005-90-PCM.

Asimismo, de acuerdo con (LALUPÚ SERNAQUÉ, 2019), esta Ley fue emitida cuando aún estaba vigente la Constitución de 1979, que dispensaba estabilidad absoluta frente al despido injustificado, de acuerdo con su artículo 48°.

En adición, La Ley de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público, vigente desde el 24 de Marzo de 1984, regula el ingreso a la carrera administrativa vía concurso de administración conforme se establece en los artículos 12, inciso d) y 15, permitiéndose la destitución solo por causa debidamente estipulada en la Ley.

Esta Ley contiene solo dos artículos, que a continuación pasamos a desarrollar:

Artículo 1: Los servidores públicos contratados para labores de naturaleza permanente, que tengan más de un año ininterrumpido de servicios, no pueden ser cesados ni destituidos sino por causa previstas en el capítulo V del Decreto Legislativo N° 276 y con sujeción al procedimiento establecido en él, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 15 de la misma Ley.

Del contenido de dicho artículo, se pueden extraer las siguientes premisas:

- ☞ Ser trabajador público contratado.
- ☞ Realizar labores de naturaleza permanente.
- ☞ Tener más de uno año ininterrumpido de servicios.
- ☞ Ser cesado o destituido sin causa prevista en el capítulo V del Decreto Legislativo N° 276.
- ☞ No haber seguido el procedimiento sancionador establecido en el Decreto Legislativo N° 276.

En ese sentido, para lograr hacerse con el beneficio regulado en dicho artículo, se debe cumplir con dichos requisitos.

Por lo que, la Corte Suprema ha realizado una interpretación de dichos requisitos y ha dejado sentados criterios para la forma de probar y valorar el cumplimiento de dichos requisitos y que pasamos a desarrollar.

En la Casación N° 005807-2009-Junin, la Corte Suprema no explica que se debe de entender por labores ininterrumpidas y reconocer que las breves interrupciones no le quitan el carácter de ininterrumpidas a las labores desempeñadas, y lo señalo así: *“las breves interrupciones de los servicios prestados por los servidores públicos contratados para labores de carácter permanente, no afectan el carácter ininterrumpido de dichos servicios si esas interrupciones fueron promovidos por la entidad pública para desconocer el derecho del trabajador a la protección frente al despido”*.

Respecto a la estabilidad que pueda pensarse que otorga la Ley 24041, la Corte Suprema en la Casación N° 658-2005-Piura, ha señalado: *“La interpretación del artículo 1 de la Ley 24041, respecto a que la estabilidad a que dicha norma se refiere obliga a considerar al servidor público contratado como permanente, es incorrecta, por tanto el único derecho que dicha norma legal otorga al trabajador es seguir contratado bajo dicha modalidad”*.

Por otro lado, las labores ininterrumpidas como requisito para tener la protección contenida en la Ley N° 24041, ha sido también interpretada por la Corte Suprema en la Casación N° 7298-2015-Piura, que señala como precedente vinculante: *“la regla sobre las “breves interrupciones” de los servicios prestados, no pueden afectar el carácter ininterrumpido de los servicios prestados por los servidores públicos contratados para desconocer el derecho del trabajador a la protección frente al despido; sin embargo, del tenor de sus fundamentos puede apreciarse que en ningún extremo de este se estableció que estas interrupciones puedan alcanzar hasta 30 días.”*

Lo cual significa que, se consideran que para la Corte Suprema, lo ininterrumpido no tiene no está relacionado a la permanencia en el trabajo sin cortes o interrupciones sino que también se considera ininterrumpido cuando existen cortes, con los que el empleador pretende impedir que el servidor pueda ganar el derecho que otorga la Ley 24041; sin embargo, esta última Casación señala que dichos cortes no pueden ser mayor a 30 días, debido a que, como lo señala el profesor (LALUPÚ SERNAQUÉ, 2019), dicho cortes deben ser breves citando la STC N° 3508-2004-AA/TC.

Por otro lado, debido a que en el artículo 1 de la Ley 24041, se nombra, creemos conveniente citar el artículo 15° del Decreto Legislativo N° 276; para ver su contenido y qué relación tiene con el derecho que otorga la Ley 24041.

El Artículo 15°, del Decreto Legislativo N° 276 señala: La contratación de un servidor para realizar labores administrativas de naturaleza permanente **no puede renovarse por más de tres años consecutivos**. Vencido este plazo, el servidor que haya venido desempeñando tales labores **podrá ingresar a la Carrera Administrativa, previa evaluación favorable y siempre que exista la plaza vacante**, reconociéndosele el tiempo de servicios prestados como contratado para todos sus efectos.

Lo dispuesto en este artículo no es aplicable a los servicios que por su propia naturaleza sean de carácter accidental o temporal.

Sobre el particular, verificamos que efectivamente está relacionado con el artículo 1 de la Ley 24041, toda vez que habla del servidor contratado para labores de naturaleza permanente; sin embargo, esta norma contiene un derecho adición a dicha clase de servidores y es que luego de los tres años de contratado tiene el derecho a ingresa a la carrera administrativa, siempre que exista evaluación favorable y plaza vacante.

Sin embargo, consideramos que dicho artículo no sería aplicable a los servidores que han sido reincorporados bajo la aplicación del artículo 1 de la Ley 24041; toda vez que si bien se trata de trabajadores de con labores de naturaleza permanente; estos no han ingresado mediante concurso público; y lo contrario, desnaturalizaría el régimen publico regulado por el Decreto Legislativo N° 276, que regula el ingreso a la carrera administrativa mediante concurso y

respetando el principio de meritocracia. Que por el contrario no se puede asimilar a una simple evaluación favorable a favor del servidor reincorporado por la Ley 24041.

El Artículo 2° de la Ley 24041, señala: Trabajadores no comprendidos: “No están comprendidos en los beneficios de la presente ley los servidores públicos contratados para desempeñar: 1.- Trabajos para obra determinada. 2.- Labores en proyectos de inversión, proyectos especiales, en programas y actividades técnicas, administrativas y ocupacionales, siempre y cuando sean de duración determinada. 3.- Labores eventuales o accidentales de corta duración. 4.- Funciones políticas o de confianza.”

De la Lectura de dicho artículo se puede desprender que se trata de una norma excluyente, toda vez que nombra de forma taxativa quienes son los servidores que no podrán acogerse al beneficio que brinda la Ley 24041; y que básicamente son los servidores acogidos bajo el Régimen Laboral Privado, aquellas personas que laboran de manera eventual o accidental y los servidores de confianza.

2.4.5.10.2. Finalidad ámbito de aplicación de la Ley N° 24041.

De acuerdo, con (PACORI CARI, 2018), la única finalidad que tiene esta ley es la de proteger a los servidores públicos que realizan labores de naturaleza permanente por más de un año frente al despido injustificado por parte de la Administración Pública.

En ese sentido, el ámbito de aplicación de la Ley N° 24041 se constituido en la protección del servidor contratado para labores de naturaleza permanente y que ha sido objeto de un despido injustificado; asimismo, debe tenerse en cuenta que solo es aplicable para las relaciones laborales que se encuentra dentro del régimen público regulado por el Decreto Legislativo N° 276.

Siendo por tanto importante que de acuerdo con el artículo 2° de la misma ley se encuentran excluidos aquellos servidores contratados para obra determinada o proyectos de inversión, asimismo los que ejerzan labores eventuales o accidentales, así como los que ejerzan funciones políticas o de confianza.

No siendo aplicable a los servidores públicos sujetos al régimen de la actividad privada como son los obreros municipales y menos a los servidores públicos sujetos al régimen de Contratación Administrativa de Servicios (CAS); teniendo estos últimos regulación expresa sobre su protección adecuada ante un despido arbitrario sin la indemnización por dicho despido su única forma de protección.

Lo que en concreto significa que el régimen de protección creado por la Ley N° 24041, es un régimen muy proteccionista debido a que brinda una forma de permanencia en el empleo público; sin embargo, en la actualidad, debido a los cambios legales, la contratación bajo el Régimen de la Carrera Administrativa ha disminuido prudencialmente debido a la implementación del régimen del Servicio Civil, fundado en principios de Meritocracia y necesidad del concurso público para laboral dentro de la Administración Pública.

2.4.5.10.3. La incorporación a la Carrera Administrativa y la Ley N° 24041

De acuerdo con (PACORI CARI, 2018), si bien es cierto, dentro de un proceso laboral se ordenara la incorporación del servidor público despedido arbitrariamente, bajo la aplicación de la Ley 24041; Sin embargo, dicha protección no incluye de ningún modo ingresa a la carrera administrativa, sino la simple protección contra el despido arbitrario y la reincorporación en el cargo que venía desempeñando y con la calidad de servidor contratado.

Sobre el partícula, la Casación Laboral N° 14890-2016-Apurima, ha señalado: el trabajador que es reincorporado en aplicación del artículo 1 de la Ley N° 24041, bajo los alcances de un trabajador contratado que realiza funciones permanentes en la administración pública, de ningún modo significara que se le deba reconocer automáticamente como trabajador nombrado de la carrera bajo el régimen laboral del Decreto Legislativo N° 276, y que, en función de ello, tenga

derecho al goce de los derechos inherentes a su condición de servidor público nombrado dentro del presupuesto analítico de personal (PAP) y el cuadro de asignación de personal, respectivamente (CAP).

Del mismo modo, la Casación N° 1308-2016-Del Santa ha señalado: en aplicación del principio de primacía de la realidad, ha quedado establecido que entre las partes existió una relación laboral, debido a que el demandante ejerció labores de naturaleza permanente por más de un año ininterrumpido, bajo subordinación, y a cambio de una remuneración; por lo que resulta aplicable lo dispuesto por el artículo 1 de la Ley 24041, lo que no significa de ningún modo que corresponda ordenar su incorporación en la Carrera Administrativa.

En adición, la Casación N° 14051-2016-Cuzco ha señalado: “La aplicación del Artículo 1 de la Ley N° 24041, no significa de ningún modo que corresponda ordenar la incorporación del demandante en la carrera administrativa”.

A modo de conclusión, la Ley 24041 no brinda un ingreso directo e ilegal a la carrera administrativa, sino más bien una forma de protección contra el despido injustificado del servidor contratado que ha cumplido con los requisitos establecidos por dicha Ley.

2.4.5.10.4. El Precedente Vinculante Caso Huatuco-Huatuco y la Ley 24041

El precedente Huatuco-Huatuco, es la sentencia contenida en el Expediente N° 05057-2013-PA/TC emitido por el Tribunal Constitucional, donde se resolvió la controversia de la demandante Rosalía Beatriz Huatuco-Huatuco, quien planteo una demandada de amparo en contra el Poder Judicial, a fin de que se deje sin efecto el despido incausado sufrido en su contra, y se le reincorpore en el puesto que venía desempeñando antes de ser despedido, el cual era la de secretaria judicial y que los contratos modales con la que se le había contratado debía considerarse a tiempo indeterminado toda vez que ejerció funciones de naturaleza permanente.

Es así que el Tribunal Constitucional, interpreto sobre los funcionarios y servidores públicos, a los cuales, según nuestra Constitución Política del Estado, se les asigna una “Función Pública” (que comprende la representativa y no representativa), ya que se encuentra sometida a la Constitución y a la Ley, y se encuentra en servicio de la nación. Por tanto, un servidor público para poder ser repuesto en el puesto judicialmente debe cumplir con dos requisitos: a) Haber ganado un concurso público de méritos para una plaza presupuestada y b) Que la plaza sea de duración indeterminada; en adición, haber sido despedido arbitrariamente.

Sin embargo, dicho precedente fue aclarado y hasta reinterpretado, siendo lo primero por el propio Tribunal Constitucional y lo segundo por la Corte Suprema.

En ese sentido, que mediante la Casación Laboral N° 12475-2014, la Corte Suprema estableció como precedente vinculante, que el Precedente Huatuco no era aplicable para los casos de: a) cuando se trate de trabajadores que se encuentran dentro del supuesto de hecho de la primera disposición complementaria final de la Ley 30057, b) los servidores sujetos a Contratos Administrativo de Servicios, c) cuando se trate de obreros municipales, d) cuando se trate de trabajadores bajo el régimen del Decreto Legislativo N° 276o Ley 24041, e) cuando se plantee demandada de nulidad de despido, de acuerdo al artículo 29 del Decreto Supremo N° 003-97-TR y cuando se trate de funcionarios, políticos, funcionarios de dirección o de confianza a que refiere el artículo 40° de la Constitución Política del Estado.

De acuerdo con lo antes señalado, corresponde concluir que el precedente vinculante Huatuco no resulta aplicable a los servidores que se encuentran bajo la aplicación de la Ley 24041 o de la Decreto Legislativo N° 276.

Lo que a modo de conclusión seria, no obligar -al demandante que pretende se le aplique la protección brindada por la Ley 24041- a que pruebe que ingreso a la administración pública mediante concurso público y a una plaza de carácter permanente y presupuestada; simplemente el

cumplimiento de sus requisitos –señalados por el artículo 1 de la ley antes nombrada- y haber sido cesado ilegalmente.

2.5. HIPÓTESIS:

2.5.1. Hipótesis General:

Debido al reconocimiento del Derecho a una adecuada protección contra el despido arbitrario y a que lo contrario vaciaría de contenido su Derecho al Trabajo; el servidor público contratado si tendría un derecho a ser indemnizado cuando ha sido objeto de un despido arbitrario y por no haber cumplido con alguno de los requisitos establecidos en el artículo 1 de la Ley 24041 no ha sido reincorporado.

2.5.2. Hipótesis Especifica:

En los casos, en los que por aplicación del Principio de Primacía de la Realidad se reconozca la relación laboral del servidor público contratado -objeto de despido arbitrario- con alguna entidad pública y esta sea superior a tres meses ininterrumpidos, procedería indemnizarlo a pesar de no haber cumplido con alguno de los requisitos del artículo 1 de la Ley 24041 para ser reincorporado.

CAPITULO III: MARCO METODOLOGICO

3.1. ENFOQUE:

- ☞ **Cualitativo;** Porque he buscado explicar el contenido del derecho a una adecuada protección contra el despido arbitrario, en relación a los servidores públicos contratados y el art. 1 de la Ley 24041; y determinando si les asiste un derecho a ser indemnizados a pesar de no tener reconocimiento legal.

3.2. DISEÑO:

- ☞ **No Experimental:** La presente investigación es no experimental, porque se desarrolla en el ámbito doctrinario y jurisprudencial, analizando opiniones y argumentaciones que estén vinculadas al tema materia de la presente investigación.

3.3. NIVEL:

- ☞ Es **descriptivo**, ya que se analiza y se busca información que permita desarrollar e interpretar el contenido del derecho a una adecuada protección contra el despido arbitrario de los servidores públicos contratados, toda vez que a pesar de reconocerle una relación laboral con alguna entidad y haber sido despido arbitrariamente, no resultan siendo reincorporados por no cumplir con alguno de los requisitos del artículo 1 de la Ley 24041 y menos aún indemnizados por la violación a su Derecho al Trabajo.
- ☞ Además se basa en un **Diseño Documental**, el cual consiste en un proceso basado en la búsqueda, recuperación, análisis, crítica e interpretación de datos secundarios, es decir, los obtenidos y registrados por otros investigadores en fuentes documentales como son: impresas, audiovisuales o electrónicas.

3.4. TIPO:

- ☞ La presente tesis es del tipo básica, porque busca ampliar el conocimiento teórico y general, de la presente problemática, y contribuir así al mejor entendimiento del derecho a una adecuada protección contra el despido arbitrario y el contenido del artículo 1 de la Ley 24041, dentro del contexto constitucional actual.

3.5. MÉTODOS Y PROCEDIMIENTOS:

- ☞ Es **Analítico**, pues, se divide intelectualmente el objeto de estudio para examinar y entender cada una de sus partes.
- ☞ **Método Inductivo - Deductivo:** Este método va lo particular a lo general; es decir se analiza de forma independiente cada una de las partes de la tesis, primero en variables, luego en categorías jurídicas y estas en indicadores. Para luego validar primero -con los indicadores- la categoría jurídica y luego las variables.
- ☞ **Método Histórico:** Este método permite interpretar las normas con sus antecedentes jurídicos directamente vinculados; siendo esencial en esta tesis, debido a la necesidad de saber los antecedentes jurídicos a la emisión de la Ley N° 24041, y su influencia en su contenido.
- ☞ **Método sistemático por comparación de normas:** Este método me permitirá, comparar normas que nuestro ordenamiento jurídico, que no se encuentran dentro de un mismo cuerpo legal, como lo es la Ley 24041 y la Constitución de 1993; para verificar su coherencia dentro de nuestro ordenamiento jurídicos, respecto de las mismas.

3.6. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS:

- ☞ **Fuentes Directas:** Constitución Política del Perú: 27°, la Ley N° 24041, Ley que establece un régimen de Protección de los Servidores Públicos Contrados, Decreto Legislativo N° 276, que regula el régimen laboral Público y su Reglamento el D. Supremo N° 005-90-PCM, Ley N° 30057 que regula el servicio Civil, Resolución Vinculantes del Tribunal Constitucional y la Corte Suprema de la Republica, Doctrina, artículos jurídicos, publicados en Gaceta Jurídica, Actualidad Jurídica, Libros especializados, internet, notas periodísticas, entrevistas, entre otros.
- ☞ **Técnicas:** La técnica empleada fuera que privilegie los documentos, a fin de analizar minuciosamente la información doctrinaria y legislativa sobre el tema objeto de investigación, las técnicas a emplearse son las siguientes:
 - ☞ **Fichaje:** a través del fichaje bibliográfico se compilo todo lo que se ha escrito directa o indirectamente sobre el tema investigado, así como las revistas y páginas web, llegando a tener una postura respecto a la investigación.
 - ☞ **Recolección y Análisis de datos:** por medio de esta técnica se analizó minuciosamente la información doctrinaria y legislativa sobre el tema objeto de nuestra investigación.

CAPÍTULO IV: PROBANZA DE LA HIPOTESIS

4.1. PROBANZA JURÍDICO-DOCTRINAL

El presente trabajo de investigación obedece a un enfoque cualitativo y no experimental, sustentado, a su vez, en un diseño de investigación descriptiva, documental y de tipo básica, que pretende explicar y analizar el contenido del Derecho a la Adecuada Protección contra el Despido Arbitrario, para encontrar una solución al problema de despido ilegales en la Administración Pública, del que son objeto los empleado públicos contratados y que no obtienen el beneficio de reingresar a laborar en el puesto en que se encontraban, por no cumplir con alguno de los requisitos del artículo 1° de la Ley 24041.

Es por ello que, a continuación, se efectuará la probanza jurídico doctrinal con la evaluación de las posturas y aportes que tanto la doctrina laboral como la jurisprudencia han producido alrededor del tema.

4.1.1. Hipótesis General:

“Debido al reconocimiento del Derecho a una adecuada protección contra el despido arbitrario y a que lo contrario vaciaría de contenido su Derecho al Trabajo; el servidor público contratado si tendría un derecho a ser indemnizado cuando ha sido objeto de un despido arbitrario y por no haber cumplido con alguno de los requisitos establecidos en el artículo 1 de la Ley 24041 no ha sido reincorporado”.

4.1.1.1. Variable Independiente:

Debido al reconocimiento del Derecho a una adecuada protección contra el despido arbitrario y a que lo contrario vaciaría de contenido su Derecho al Trabajo.

☞ **Análisis sobre el contenido del Derecho a la Adecuada Protección contra el Despido Arbitrario:**

☞ **En la normativa nacional e internacional:**

En el **plano internacional**, el **Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos** en materia de derechos económicos, sociales y culturales **“Protocolo de San Salvador”** del 17 de noviembre de 1988, en su **artículo 7°** reconoce: *“d. la estabilidad de los trabajadores en sus empleos, de acuerdo con las características de las industrias y profesiones y con las causas de justa separación.”*

La **Declaración Universal de Derechos Humanos** proclama no solo el derecho al trabajo sino la necesidad de contar con un régimen de protección; así en su artículo 23 establece que *“Toda persona (...) a la protección contra el desempleo”*.

El **Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales**, dispone en el artículo 6: *“Los estados parte del presente pacto reconocen el derecho a trabajar, (...) y tomaran medidas adecuadas para garantizar este Derecho”*

Mientras que en el **plano nacional**, en la normativa nacional nos encontramos que el Derecho a la protección contra el despido arbitrario, se encuentra reconocido en el artículo 27° de la **Constitución Política del Estado**, en el cual se señala: *“La ley otorga a trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario”*, y concordándolo con el tercer párrafo del artículo 23° del mismo cuerpo normativo; que se señala: *“(…) Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de derecho constitucionales, ni desconocer ni rebajar la dignidad del trabajador”*, diríamos entonces, que dicha protección se reconoce tanto a los trabajadores del régimen privado así como a los trabajadores del régimen público; sin importar el sub-régimen especial en el que se encuentren. Más aún si una la máxima del Derecho señala: *“No se debe distinguir donde la ley no distingue”*.

La **Ley N° 28175: Ley Marco del Empleo Público**, en su **artículo 15°**, señala: “el empleado público, sin excluir otros que le otorgan la Constitución y las Leyes, tiene derecho a: (...) c) Protección adecuada contra el cese arbitrario, con observancia de las garantías constitucionales del debido proceso”.

☞ **A criterio del Tribunal Constitucional:**

Sobre el contenido del artículo 27° de la Constitución, el **Tribunal Constitucional** en la STC N° 1124-2001-AA/TC (Caso Telefónica), ha señalado: “(...) *sin embargo, cuando se precisa que ese desarrollo debe ser “adecuado”, se está resaltando –aunque innecesariamente- que esto no debe afectar el contenido esencial del derecho al trabajo. En efecto, todo desarrollo legislativo de los derechos constitucionales presupone para su validez el que se respete su contenido esencial, es decir, que no se desnaturalice el derecho objeto de desarrollo. Por esta razón, no debe considerarse el citado artículo 27° como la consagración, en virtud de la propia constitución, de una “facultad de despido arbitrario” hacia el empleador*”.

En ese sentido, lo que el Tribunal Constitucional ha interpretado que el término “adecuada” en el artículo 27° busca que las formas de protección contra el despido arbitrario no afecten el contenido esencial del Derecho al Trabajo, y que además no es la consagración de una facultad de despido arbitrario a favor del empleador.

Por otro lado, el **Tribunal Constitucional** en la STC N° 00976-2001-AA/TC - **Caso Eusebio Llanos Huasco**, ha señalado: “(...) *el artículo 27, no menciona a que debe entenderse la protección contra el despido arbitrario pero hace una reserva de Ley, “lo que no quiere decir que exista prima facie una convalidación tacita de cualquier posible desarrollo legislativo que se haga en torno al derecho que reconoce dicho artículo o, acaso, que se entienda que el legislador se encuentre absolutamente desvinculado de la norma suprema. (...) ella exige, que cualesquiera que sean las opciones que se adopten legislativamente, estas deban satisfacer un criterio mínimo de proporcionalidad o, como dice expresamente el texto constitucional, se trate de medidas adecuadas”*

Asimismo, ha señalado: “(...) en rigor, en la vía del amparo no se cuestiona, ni podrá cuestionarse, la existencia de una causa justa de despido; sino la presencia, en el despido, como elemento determinante del mismo, de un motivo ilícito, que suponga la utilización del despido como vehículo para la violación de un derecho constitucional; por lo que, en verdad, el bien jurídico protegido a través del amparo constitucional no es la estabilidad laboral del trabajador, sino el goce y ejercicio de sus derechos constitucionales. (...) la protección que se dispensa al trabajador no está referida a la arbitrariedad del despido, que dependerá de la prueba de la existencia de la causa justa imputada, sino al carácter lesivo de los derechos constitucionales presente en dicho despido”.

Finalmente, la **Corte Interamericana de Derecho Humanos**, en la Sentencia del **Caso Lagos Campos vs Perú**, ha señalado como obligación de los estados partes, respecto a la protección del trabajador en los casos de despido injustificados: “(...) 149. *Las obligaciones del Estado en cuanto a la protección del derecho a la Estabilidad laboral, en el ámbito privado, se traduce en principio en los siguientes deberes: a) adoptar las medidas adecuadas para la debida regulación y fiscalización de dicho derecho, b) proteger al trabajador y trabajadora, a través de sus órganos competentes, contra el despido injustificado, c) en caso de despido injustificado, remediar la situación (ya sea, a través de la reinstauración o, en su caso, mediante la indemnización y otras prestaciones previstas en la legislación nacional), d) el Estado debe disponer de mecanismos efectivos de reclamo frente a una situación de despido injustificado, a fin de garantizar el acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva de tales derechos*”.

☞ **En la doctrina nacional:**

De acuerdo con (CUBA VELAOCHAGA, 2017) la protección frente al despido arbitrario a que se refiere este artículo (artículo 27° de la Constitución) **se extiende a todo trabajador que se**

encuentra en relación de dependencia tanto de la actividad privada como de la administración pública.

Por otro lado, (VINATEA RECOBA, La adecuada protección procesal contra el despido arbitrario: comentarios a la sentencia de fecha 13 de marzo de 2003 emitida por el Tribunal Constitucional Peruano, 2003) nos señala que la presencia del artículo 27° en la Constitución, supone encargar a la Ley la adecuada protección del derecho constitucional al trabajo, la cual oscilara entre la indemnización y la reposición. Asimismo, **supone admitir que el grado de protección que corresponda a la violación del artículo 22° no necesariamente será retrotraer las cosas al estado anterior a la violación (artículo 200°: Acción de amparo)**. Es decir, el artículo 27 establece que será la ley la que provea de adecuada protección contra el despido arbitrario, ello quiere decir que **el grado de protección que corresponda a la violación del artículo 22 no necesariamente será el típico de restitución de un derecho constitucional, sino cualquier otro**. Si no fuera así, hubiera bastado que el constituyente, regulara el derecho al trabajo en el artículo 22 y remitiera todo grado de protección al artículo 200 de la misma constitución, que regula las garantías constitucionales y al no hacerlo, ello no es casual.

Por tanto, tanto en la normativa nacional como la internacional encontramos reconocimiento expreso a favor del trabajador y en contra del despido arbitrario, toda vez que el despido termina siendo, dentro del Derecho Laboral, uno de los temas más polémicos debido a que se refleja en la mayor expresión del poder disciplinario patronal.

Finalmente, se puede inferir razonablemente lo siguientes: Primero: Se encuentra reconocido tanto en la legislación nacional como internacional, y busca la protección del Derecho al Trabajo. Segundo: esta regulación es ambigua, en razón de que no se sabe a qué se refiere el término de adecuada. Tercero: Será la Ley quien tenga el poder de desvirtuar que connotación tiene el término “adecuada protección”. Cuarto: la falta de contenido, para su aplicación directa, no limita en nada que el juzgador pueda otorgar una indemnización, cuando no quepa reponer al trabajador, lo contrario determinaría vaciar de contenido el derecho al trabajo, toda vez que se quedaría sin protección alguna, a pesar de que el estado está obligado a brindar una adecuada protección.

Asimismo, el hecho de que el trabajador sea despedido sin causa justa y no logre algún tipo de protección; determina la afectación directa del derecho al trabajo y vacía de contenido este.

En ese contexto, el reconocimiento constitucional de este derecho, supone que el trabajador que sea objeto de un despido “ilegal”, siempre debe de tener una protección, ya sea indemnizatoria o restitutoria; Asimismo, no debe creerse que la falta de regulación (en Ley) supone su desprotección; sino por el contrario, se debe de velar por la protección del derecho al trabajo que - al final- termina siendo su la razón de ser - de dicha protección. Lo que -en concreto- significa, es que la falta de regulación a una adecuada protección contra el despido arbitrario haría que el derecho al trabajo se vea vaciado de contenido, y el contenido del artículo 27° no tendría funcionalidad dentro de la constitución.

☞ **Análisis sobre el contenido del Derecho al Trabajo:**

☞ **En la normativa nacional e internacional:**

En el **plano internacional**, la **Declaración Universal de Derechos Humanos** proclama no solo el derecho al trabajo sino la necesidad de contar con un régimen de protección; así en su artículo 23 establece que *“Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo”*.

El **Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales**, dispone en el artículo 6: *“Los estados parte del presente pacto reconocen el derecho a trabajar, que comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomaran medidas adecuadas para garantizar este Derecho”*.

Mientras que en el **plano nacional**, el **artículo 22** de la **Constitución**, señala: “*El trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona*”.

Asimismo, su **artículo 23°** señala: “*El trabajo, en sus diversas modalidades, es objeto de atención prioritaria del Estado (...). El Estado promueve condiciones para el progreso social y económico, en especial mediante políticas de fomento del empleo productivo y de educación para el trabajo. Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador. (...)*”.

☞ **A criterio del Tribunal Constitucional:**

Sobre el contenido del derecho al trabajo, regulado en el **artículo 22°** de la Constitución, el **Tribunal Constitucional** en la **STC N° 1124-2001-AA/TC** (Caso Telefónica), ha señalado: “*20. (...) el contenido esencial de este derecho constitucional implica dos aspectos. El de acceder a un puesto de trabajo, por una parte y, por otra, el derecho a no ser despedido sino por causa justa. (...)*”

En ese sentido, cuando se despido a un trabajador sin que medie causa justa se vulnera el derecho al trabajo en su segundo aspecto.

Asimismo, el Tribunal Constitucional en la **STC N° 01647-2013-PA/TC**, ha señalado: “*el derecho al trabajo garantiza a las personas la posibilidad de obtener ingresos y hacer efectivo su proyecto de vida dedicándose a la profesión u oficio de su elección. De ahí que, por mandato constitucional, las restricciones de acceso o salida al mercado de trabajo este prohibidas (...) así el derecho al trabajo comprende una protección en sentido positivo que implica permitir la realización de labores lícitas, y, por otro lado, una protección en sentido negativo, que garantiza a las personas que no serán forzadas a realizar labores en contra de su voluntad, lo cual comprende la facultad de renunciar a su trabajo*”.

Por otro lado, el Tribunal Constitucional en la **STC N° 0008-2005-PI/TC**, ha señalado: “*el trabajo es un bien del hombre, es un bien de la humanidad, porque mediante este no solo se transforma la naturaleza adaptándola a las propias necesidades, sino que se realiza así mismo como hombre, es más, en un cierto sentido se hace más hombre*”.

☞ **En la doctrina nacional:**

Para (CUBA VELAOCHAGA, 2017), **el derecho al trabajo** semánticamente se entiende como aquella pretensión legítima y razonable de toda persona de realizar **una actividad que le permita obtener los recursos necesarios para vivir**. Asimismo, se considera un derecho de reconocimiento universal

Sobre el contenido del derecho al trabajo, existente dos aspectos de suma importancia a tener en cuenta, los cuales son el derecho de acceso al empleo y **a no ser despedido sin causa justa**.

Sobre este segundo aspecto, (BLANCAS BUSTAMANTE, 2013) ha señalado: “**es garantizar la conservación del trabajo a quien lo tiene protegiéndolo contra las extinciones carentes de razón, y, por tanto abusivas o arbitrarias**”. Asimismo, Sanguinetti Raymond señala: “*resulta incongruente y hasta paradójico que la Constitución promoviese el acceso al empleo pero no su conservación*”.

4.1.1.2. Variable dependiente:

El servidor público contratado si tendría un derecho a ser indemnizado cuando ha sido objeto de un despido arbitrario y por no haber cumplido con alguno de los requisitos establecidos en el artículo 1 de la Ley 24041 no ha sido reincorporado”.

☞ **Análisis sobre el servidor público contratado:**

☞ **En la normativa nacional:**

El artículo 2° del Decreto Legislativo N° 276, señala: *“No están comprendidos en la carrera administrativa los servidores públicos contratados ni los funcionarios que desempeñan cargos políticos o de confianza, pero sí en las disposiciones de la presente ley en lo que les sea aplicable”*.

El artículo 28° del Reglamento del Decreto Legislativo N° 276, señala que *“el ingreso a la administración pública en la condición de servidor de carrera o de servidor contratado para labores de naturaleza permanente se efectúa obligatoriamente mediante concurso. Asimismo, la incorporación será por el nivel inicial del grupo ocupacional al cual se postuló; siendo nulo todo acto que contravenga dicha disposición.”*

El artículo 3° del Decreto Supremo N° 005-90-PCM (Reglamento del Decreto Legislativo N° 276), señala: *“el servidor público es el ciudadano en ejercicio que presta servicios en entidades de la administración pública con contrato de autoridad competente, con las formalidades de Ley, en jornada legal y sujeto a retribución remunerativa permanente en periodos regulares. Hace carrera el servidor nombrado y por tanto, tiene derecho a estabilidad laboral indeterminada de acuerdo a Ley”*.

De acuerdo al artículo 4° de la Ley N° 28175: **Ley Marco del Empleo Público**, *el personal del empleo público se clasifica en: 1. Funcionario público, 2. empleado de confianza y 3. Servidor Público, este último a su vez se sub-clasifica en: a) director superior, b) Ejecutivo, c) Especialista y d) de apoyo.*

☞ **A criterio del Tribunal Constitucional:**

El Tribunal Constitucional en la STC N° 05057-2013-AA/TC, ha señalado: *“(…) d) prohibición de deformar el régimen específico de los funcionarios y servidores públicos. De la interpretación literal del Capítulo IV de la Constitución, sobre la “Función Pública”, es evidente la voluntad del Poder Constituyente de crear un régimen específico para los funcionarios y servidores públicos, estableciendo sus objetivos principales (“que están al servicio de la nación”); que existe una carrera administrativa y que el ingreso a esta, así como los derechos deberes y responsabilidades de los servidores públicos deben ser regulados mediante Ley; quienes no están comprendidos en dicha carrera administrativa; determinadas obligaciones de los funcionarios y servidores públicos; y cuáles de, estos tienen limitados expresamente sus derechos de sindicación y huelga, entre otros”*.

☞ **En la doctrina nacional:**

Antes de saber que es un servidor público o empleado público, debemos entender que es el empleo público y que lo diferencia del empleo privado; y que nada tiene que ver con los distintos regímenes, que en ambos empleo puedan tener. Siendo ello así, (MIRANDA HURTADOS, 2013), define **al empleo público como “el conjunto de relaciones laborales que vinculan al Estado en su posición de empleador, con sus trabajadores o servidores públicos”**.

Asimismo, señala que *“la relación de trabajo es aquella que tiene los siguientes elementos: prestación de servicios, remuneración y subordinación (elemento tipificador)”* y señala también que dentro de este concepto amplio se ubica los funcionarios públicos y trabajadores sujetos al régimen de carrera o bajo el régimen laboral privado, trabajadores de empresas públicas, entre otros.

En ese sentido, en opinión del autor, **el empleado público es toda aquella persona que tiene un vínculo laboral con el Estado** -en posición de empleador- (en cualquier Entidad Pública o empresa del Estado), primando los elementos de prestación de servicios, remuneración y

subordinación. No importando el régimen laboral con el que se le contrate (menos aún si se trata de uno de naturaleza Civil, por el Principio de Primacía de la Realidad). Asimismo, se diferencia de los funcionarios públicos en que estos son elegidos públicamente, teniendo dicha calidad también aquellos que sean contratados directamente por éste.

☞ **Análisis sobre la indemnización por despido arbitrario:**

☞ **En la normativa internacional y nacional:**

En el **plano binacional**, en el **artículo 10° del Convenio 158 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)** se establece: *“Si los órganos (Jurisdiccionales - en el caso de Perú), (...) llegan a la conclusión de que la terminación de la relación de trabajo es injustificada y en virtud de la legislación y la práctica nacional no estuvieran facultados o no consideraran pasible, dadas las circunstancias, de anular la terminación y eventualmente ordenar o proponer la readmisión del trabajador, tendrán la facultad de ordenar el pago de una indemnización adecuada y otra reparación que se considere apropiada”*.

Mientras que en el **plano nacional**, el **artículo 34° del Decreto Supremo N° 003-97-TR**, señala: *“(...) si el despido es arbitrario por no haberse expresado causa o no poderse demostrar esta en juicio, el trabajador tiene derecho al pago de la indemnización establecida en el artículo 38, como una reparación por el daño sufrido”*.

☞ **A criterio del Tribunal Constitucional:**

El **Tribunal Constitucional** en la **STC N° 03818-2009-AA/Respecto** a la interpretación constitucional del **artículo 13.3 del Decreto Supremo N° 075-2008-PCM**, el TC señala: *“si el despido se produce por terminación injustificada, el empleador tiene la obligación de pagar automáticamente al trabajador la indemnización equivalente a las remuneraciones dejadas de percibir, hasta un importe máximo equivalente a dos meses”*. Asimismo, *“si el trabajador considera haber sido despedido”*.

Por otro lado, el **Tribunal Constitucional** en la **STC N° 00976-2001-AA/TC del Caso Eusebio Llanos Huasco** señaló: *“(...) considera que el régimen resarcitorio es compatible con los principios y valores constitucionales en aquellos casos en los que, o bien el trabajador, una vez que fue despedido arbitrariamente, cobra la indemnización correspondiente o en su defecto, inicia una acción jurídica ordinaria con el objeto de que se califique el despido como injustificado, con el propósito de exigir del empleador el pago compulsivo de la referida indemnización. En cualquiera de estos casos, por tratarse de una decisión enteramente asumida conforme a su libre albedrío por el trabajador, la protección adecuada contra el despido debe traducirse inexorablemente en el pago de la correspondiente indemnización. En tal caso, el trabajador decide que la protección adecuada es el pago de su indemnización”*.

Asimismo, *“(...) el artículo 34 del Decreto Legislativo 728, en concordancia con lo establecido en el inciso d) del artículo 7 del Protocolo de San Salvador (...), ha previsto la indemnización como uno de los modos mediante los cuales el trabajador despedido arbitrariamente puede ser protegido adecuadamente y, por ello, no es inconstitucional”*.

☞ **En la doctrina nacional:**

Según (BLANCAS BUSTAMANTE, 2013) *la indemnización por despido injustificado tiene carácter de reparador a la compensación por tiempo de servicios; que la naturaleza jurídica de esta indemnización especial, es una prestación de dinero que el empleador le hace a su ex trabajador para reparar en parte el daño causado por la ruptura violeta e injustificada de la relación laboral que esa indemnización especial tiene además fines de previsión por el tiempo en*

que el trabajador queda desocupado y sin posibilidad en algunos casos de obtener trabajo adecuado.

Por otro lado, (CUBA VELAOCHAGA, 2017) señala: “esta indemnización por el despido tiene por objeto, en cierto modo, **la reparación del perjuicio económico que acarrea para el trabajador la pérdida de su puesto de trabajo**”. Siendo en la nuestra legislación como tope 12 remuneraciones, a razón de 1 ½ por año laborado.

☞ **Análisis sobre el artículo 1° de la Ley 24041:**

☞ **Normativa nacional:**

El **artículo 1°** de la **Ley N° 24041**, ha dispuesto: “**Los servidores públicos contratados para labores de naturaleza permanente, que tengan más de un año ininterrumpido de servicios, no pueden ser cesados ni destituidos sino por las causas previstas en el Capítulo V del Decreto Legislativo N° 276 y con sujeción al procedimiento establecido en él, sin perjuicio delo dispuesto en el artículo 15 de la misma ley.**”

Mientras que en su **artículo 2°** señala supuestos de excepción, disponiendo: “**No están comprendidos en los beneficios de la presente ley los servidores públicos contratados para desempeñar: 1.- Trabajos para obra determinada, 2.- Labores en proyectos de inversión, proyectos especiales, en programas y actividades técnicas, administrativas y ocupacionales, siempre y cuando sean de duración determinada. 3.- Labores eventuales o accidentales de corta duración y 4.- Funciones políticas o de confianza.**”

El **artículo 15°** del **Decreto Legislativo N° 276**, establece: “**la contratación de un servidor para realizar labores administrativas de naturaleza permanente no puede renovarse por más de tres años consecutivos. Vencido este plazo, el servidor que haya venido desempeñando tales labores podrá ingresar a la carrera administrativa, previa evaluación favorable, y siempre que exista la plaza vacante, reconociéndosele el tiempo de servicios prestados para todos sus efectos**”.

☞ **A criterio de la Corte Suprema y el Tribunal del Servicio Civil:**

Sobre el particular, la **Corte Suprema** en la **Casación N° 1529-2019-Huaura**, ha señalado: “**cuando se ha determinado la desnaturalización de los contratos de locación de servicios antes de la suscripción de los contratos administrativos de servicios, no se puede modificar el estatus laboral a un régimen de contratación que otorga menores derechos, como es el Régimen CAS regulado por el Decreto Legislativo N° 1057, pues ello implica la afectación de los principios de continuidad, irrenunciabilidad de derechos y principio protector, en su variante de condición más beneficiosa, reconocido en los artículos 23° y 26° de la Constitución Política del Estado**”.

Mientras que en la **Casación N° 1774-2010-Cuzco**, ha señalado: “**las labores de naturaleza permanente se entienden como aquella que es constante por ser inherente a la organización y funciones de la Entidad Pública, así como a los servicios que brinda la misma en el ámbito de su competencia. Dentro de este grupo podemos considerar a los servidores públicos que laboran a nivel desconcentrado u operativo de los diversos Sistemas administrativos, previstos en el artículo 46° de la Ley N° 29158; asimismo, sobre las breves interrupción en la prestación de servicios no mayores de treinta días, que se realizan con la intención de que surtan efecto la Ley 24041 constituye interrupciones tendenciosas que atentan contra el artículo 26° de la Constitución**”.

Po otro lado, en la **Casación N° 15898-2016-Junín**, ha señalado: “**La única finalidad de la Ley N° 24041 es proteger al servidor público que realiza labores de naturaleza permanente por más de un año frente al despido injustificado por parte de la Administración Pública; es decir, brinda el marco legal para que los trabajadores que se encuentren en tal situación no puedan ser despedidos sin el procedimiento previo y las causales establecidas en la ley, y de producirse un**

despido unilateral, este sea calificado como arbitrario procediendo disponer la reposición del trabajador afectado.”

Mientras que el **Tribunal del Servicio Civil** en el **Informe Técnico N° 212-2009-ANSC/OAJ**, del 28 de diciembre de 2009, ha señalado: *“el artículo 1° de la Ley 24041, le otorga al servidor contratado para labores de naturaleza permanente, determinada estabilidad laboral contra la decisión unilateral del Estado de resolver su contrato o cesarlo por razones subjetivas. Es por ello que dicho servidor solo podría ser cesado o destituido si se evidencia la comisión de una falta grave previo procedimiento disciplinario”*

Asimismo -en esa misma idea- el **Tribunal del Servicio Civil** en el **Informe N° 176-2017-SERVIR/GPGSC**, de fecha 03 de marzo del 2017, ha señalado: *“(…) queda claro que el acceso al servicio civil como contratado bajo el régimen del Decreto Legislativo N° 276 necesariamente la entidad de convocar a un concurso público de mérito cuyo/a ganador /a será quien podrá suscribir el contrato. Caso contrario, en merito a los dispuesto en el artículo 9° de la Ley N° 28175, la contratación que no siga dicha regla de acceso debe ser declarada nula y, en consecuencia, no podrá acogerse al beneficio establecido por la Ley N° 24041”*.

☞ **En la doctrina nacional:**

Para alcanzar la protección que establece el artículo 1 de la Ley N° 24041, de acuerdo con (PACORI CARI, La Ley 24041: Protección contra el despido injustificado en el regimen laboral Público 276., 2019) es necesario cumplir en forma conjunta lo siguiente requisitos²⁸: *Ser servidor público*²⁹, 2. *Haber sido contratado para labores de naturaleza permanente*³⁰, 3. *Tener más de un año ininterrumpido de servicios*³¹, 4. *Pertenecer al régimen del Decreto Legislativo N° 276*³² y 5. *No encontrarse en los supuestos de exclusión de la norma que señala el artículo 2 de la Ley N° 24041*³³.

Sobre la necesidad de concurso público para hacerse con los beneficios de esta Ley, (PACORI CARI, La Ley 24041: Protección contra el despido injustificado en el regimen laboral Público 276., 2019) señala: *“Estando a los requisitos indicados, se colige que el servidor público no requiere haber ingresado mediante concurso público para recibir la protección laboral que le otorga la Ley N° 24041*³⁴. *En efecto, en algunos casos, se ha indicado que no procede la reposición del servidor público bajo los alcances de la Ley N° 24041 cuando no habría acreditado que ha ingresado a laborar para la entidad por concurso público, tal como exige el precedente constitucional STC N° 5057-2013-PA/TC (Huatuco), que resultaría aplicable a los trabajadores contratados bajo el régimen del Decreto Legislativo N° 276*³⁵. *Sin embargo, la Corte Suprema no comparte dicho razonamiento efectuado, y señala que solo resulta aplicable en aquellos casos donde se pretende la reposición laboral de los ex - trabajadores con contratos temporales o civiles en entidades públicas sujetos al régimen laboral privado del Decreto Legislativo N° 728*³⁶. *Y en efecto, se estableció como doctrina judicial vinculante ,la interpretación del precedente constitucional vinculante STC N° 05057-2013-PA/TC, caso Huatuco, afirmando que si bien la prohibición de reposición laboral dictada por el Tribunal Constitucional es de obligatorio cumplimiento para el sector público, este no resulta aplicable en determinados supuestos, entre los*

²⁸ Casación N° 13947-2016-Huaura.

²⁹ Casación N° 12373-2016-Lima.

³⁰ Casación N° 12923-2016-Piura y en la Casación N° 14135-2016-Junín.

³¹ Casación N° 0005857-2009-Junín, en la Casación N° 7298-2015-Piura y en la Casación N° 14135-2016-Junín.

³² Casación N° 10881-2016-Cusco, Casación N° 2171-2010-Junín, Casación N° 10772-2016-Tacna y en la Casación N° 8424-2016-Del Santa.

³³ Casación N° 14828-2016-Puno

³⁴ Casación N° 10169-2016 - De la Santa.

³⁵ Casación N° 9424-2016 – Cajamarca.

³⁶ Casación N° 9424-2016-Cajamarca.

cuales se encuentran los casos de trabajadores estatales sujetos al régimen laboral de la carrera administrativa Decreto Legislativo N° 276, o la Ley N° 24041³⁷.”

☞ **Análisis sobre la reposición laboral en la Administración Pública:**

☞ **Normativa nacional:**

El **artículo 4°**, del **Decreto Legislativo N° 276**, señala: “La Carrera Administrativa es permanente y se rige por los principios de: a) Igualdad de oportunidades, b) Estabilidad, c) Garantía del nivel adquirido y d) Retribución justa y equitativa, regulada por un sistema único homologado.”

Asimismo, su **artículo 24°**, señala: “Son derechos de los servidores públicos de carrera: (...) b) Gozar de estabilidad. Ningún servidor puede ser cesado ni destituido sino por causa prevista en la Ley y de acuerdo al procedimiento establecido (...)”.

Por otro lado, la **Ley N° 30057: Ley SERVIR** en su **artículo 36°**, señala: “La destitución declarada nula o injustificada por el Tribunal del Servicio Civil o el juez otorga al servidor civil el derecho a solicitar el pago de una indemnización o la reposición. (...) Todo servidor civil repuesto se sujeta a los mismos deberes, derechos y condiciones aplicables a los servidores del grupo que corresponda al momento de la reposición.”

Asimismo, el **Reglamento de la Ley N° 30057**, en su **artículo 226°**, señala: “(...) En el caso de la reposición, esta se da sin perjuicio del pago de las compensaciones dejadas de percibir con motivo de la destitución. El servidor repuesto tendrá los mismos deberes, derechos y condiciones aplicables a los servidores de grupo que corresponda al momento de la reposición. No procede la reposición en el caso de los servidores de confianza.”

☞ **A criterio del Tribunal Constitucional y la Corte Suprema:**

El **Tribunal Constitucional** en la **STC N° 05057-2013-AA/TC**, ha señalado: “(...) Esta prohíbo ordenar la reposición laboral de los servidores públicos sujetos al régimen laboral del Decreto Legislativo N° 728, en los casos que la pretensión de reposición se funda en la **desnaturalización de un contrato de locación de servicios o un contrato de trabajo a plazo fijo**; por cuanto para acceder a un contrato laboral a plazo indeterminado en la administración pública es necesario un concurso público de mérito respecto de una plaza presupuestada y vacante de duración indeterminada. Esta regla solo es de aplicación a los contratos que se celebran en el ámbito del sector público con régimen laboral privado, mas no se aplica a los contratos que se celebran en el sector privado”.

Mientras que la **Corte Suprema** en la **Casación N° 13955-2016-Piura**, ha señalado: “Si bien es cierto que correspondería ordenar la reincorporación laboral del servidor protegido por la Ley 24041, en su condición de contratado, en el cargo que venía desempeñando al momento del cese; ello no implica supuesto de nombramiento, ya que para que ello ocurra se requiere necesariamente participar de concurso público de méritos”.

Por otro lado, la **Casación N° 13947-2016-Huaura**, ha señalado: “De esta manera, la ley 24041 no tiene por objeto incorporar a los servidores públicos a la carrera administrativa, sino únicamente protegerlos contra el despido arbitrario que pudieran sufrir.”

☞ **En la doctrina nacional:**

El concepto de administración pública, puede entenderse que esta tiene dos sentidos. Uno objetivo, atendiendo a la administración pública como el conjunto de entidades y órganos que ejercen la función administrativa, esto es, aquella función estatal encargada de aplicar y cumplir las

³⁷Casación N° 14102-2016-Cajamarca y Casación Laboral N° 12475-2014-Moquegua.

leyes (mediante su ejecución), pero también de dictar disposiciones (función reglamentaria) y de resolver reclamaciones (función de solución de controversias). Mientras que el subjetivo, identifica a la administración pública como aquel sujeto encargado de ejercer la función administrativa. El concepto de administración pública que se maneja, es no de tipo objetivo, mediante el cual se puede identificar a las entidades y órganos que, de manera originaria o derivada ejercen la denominada función administrativa, la cual es absolutamente diferente de las tres clásicas funciones.

Sobre el cambio constitucional, el Profesor Blancas Bustamante no señala: “Distinguir ante la estabilidad absoluta y la relativa no es de debilitar, necesariamente, el derecho a la estabilidad en el trabajo. Es, solamente reconocer el hecho de que en la evolución de los mecanismos tutelares del trabajador frente al despido libre y discrecional, la llamada estabilidad relativa representa un nivel de mayor protección o, si se quiere, de menor desamparo, que no puede identificarse con aquel únicamente por el hecho de no asegurar la reposición efectiva del trabajador. Significa además, admitir que si bien solo un régimen de estabilidad laboral absoluta garantiza, como lo señala Russomano, una protección plena y efectiva para el trabajador, la estabilidad relativa puede coexistir con ella en la medida que acorde con la pluralidad de situaciones que debe regular el derecho de trabajo, permita soluciones excepcionales para circunstancias particulares que difícilmente pueden encuadrarse en la regla general (ARACO VIVAS, 2019).

4.1.2. Hipótesis Específica:

“En los casos, en los que por aplicación del Principio de Primacía de la Realidad se reconozca la relación laboral del servidor público contratado -objeto de despido arbitrario- con alguna entidad pública y esta sea superior a tres meses ininterrumpidos, procedería indemnizarlo a pesar de no haber cumplido con alguno de los requisitos del artículo 1 de la Ley 24041 para ser reincorporado.”

4.1.2.1. Variable Independiente:

En los casos, en los que por aplicación del Principio de Primacía de la Realidad se reconozca la relación laboral del servidor público contratado -objeto de despido arbitrario- con alguna entidad pública y esta sea superior a tres meses ininterrumpidos.

Análisis sobre el Principio de Primacía de la Realidad:

Normativa nacional:

En el **literal 2) del artículo 2** de la **Ley N° 28806: Ley General de Inspección del Trabajo**, sobre este Principio se señala: *“El Principio de Primacía de la Realidad señala que en caso de discordia, entre los hechos constatados y los hechos reflejados en los documentos formales debe siempre privilegiarse los hechos constatados”*.

A criterio del Tribunal Constitucional y la Corte Suprema:

El TC en la **STC N° 3710-2005-PA/TC**, ha señalado: *“(Dj. 4) El Principio de Primacía de la Realidad es un principio implícito en nuestro ordenamiento jurídico y, concretamente, impuesto por la propia naturaleza tuitiva de nuestra constitución, a mérito del cual, en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que fluye de los documentos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos”*

En la **Casación N° 1308-2016-Del Santa**, ha señalado: *“En aplicación del principio de primacía de la realidad, ha quedado establecido que entre las partes existió una relación laboral, debido a que el demandante ejerció labores de naturaleza permanente por más de un año ininterrumpido, bajo subordinación, y a cambio de una remuneración; por lo que resulta aplicable lo dispuesto por el artículo 1° de la Ley N° 24041, lo que no significa de modo alguno que corresponda ordenar su incorporación en la carrera administrativa”*.

Asimismo, en la **Casación N° 14419-2016-Cusco**, ha señalado: “*Si las labores del servidor han sido permanentes, personales, subordinadas y remuneradas desde su fecha de ingreso, en aplicación del principio de primacía de la realidad, corresponde el reconocimiento del vínculo laboral por todo el periodo que viene pretendiendo el servidor público*”.

☞ **En la doctrina nacional:**

Opera cuando en cualquier situación en la que se produzca una discordia entre lo que los sujetos dicen que ocurre (contrato civil - aparente) y lo que efectivamente sucede (Contrato de trabajo), para preferir esto sobre aquello.

Según (QUISPE CHAVEZ, 2011), “*Si bien este principio no se encuentra señalado expresamente en el listado del numeral 8 del artículo IV de la normativa de servicio civil, no puede ser dejado de lado en ningún caso. Nótese que por su aplicación, un gran número de personas que prestaban servicios personales para el Estado durante muchos años alcanzaron protección laboral, siendo considerados trabajadores del Sector Público. Además constituye un elemento implícito en nuestro ordenamiento y en concretamente impuesto por la propia naturaleza tuitiva de la Constitución Política de 1993 respecto del derecho al trabajo y la protección contra despidos arbitrarios, no pudiéndose hablar de un verdadero régimen laboral (privado o público) sin él.*”

Asimismo, la aplicación de la primacía de la realidad es general y comprende todo tipo de situaciones en las que se presente una discordancia entre los hechos y la formalidad, tanto para la determinación de la existencia de la relación laboral como para definir sanciones dudosas y conflictivas en su ejecución

☞ **Análisis sobre la Entidad Pública y las labores ininterrumpidas:**

☞ **En la normativa nacional:**

En la **Directiva N° 002-2010-PC/SGP** contenida en la **Resolución N° 734-2010-PCM**, publicada el 14 de diciembre de 2010, Se considera *Entidad Pública a toda organización del Estado Peruano, con Personería jurídica de Derecho Público, creada por norma expresa en el que se le confiere mandato a través del cual ejerce funciones dentro del marco de sus competencias y atribuciones, mediante la administración de recursos públicos, para contribuir a la satisfacción de las necesidades y expectativas de la sociedad, y como tal está sujeta al control, fiscalización y rendición de cuentas.*

Sobre las labores ininterrumpidas, el **artículo 1°** de la **Ley N° 24041**, ha dispuesto: “*Los servidores públicos contratados para labores de naturaleza permanente, **que tengan más de un año ininterrumpido de servicios**, no pueden ser cesados ni destituidos sino por las causas previstas en el Capítulo V del Decreto Legislativo N° 276 y con sujeción al procedimiento establecido en él, sin perjuicio delo dispuesto en el artículo 15° de la misma ley.*”

☞ **A criterio del Tribunal Constitucional:**

Sobre el particular, el TC respecto al cumplimiento del año ininterrumpido de labores, en la **STC N° 1084-2004-AA/TC**, ha señalado: “*la política administrativa tendiente a impedir que surta efectos la Ley 24041, Interrumpe tendenciosamente la vigencia de los mismo para evitar la generación de derechos; por lo que es de aplicación el artículo 26° de la Constitución, que regula los principios de la relación laboral, estableciendo la igualdad de oportunidades sin discriminación, el carácter irrenunciable de los derechos reconocidos, así como la interpretación favorable de una norma al trabajador en caso de duda insalvable (...)*”.

☞ **En la doctrina nacional:**

(MARTIN TIRADO, 2013), comentando la definición de la Directiva N° 002-2010-PC/SGP contenida en la Resolución N° 734-2010-PCM, identifica los siguientes aspectos de la definición

de Entidad Pública: a) se trata de una definición sujeta a la jerarquía normativa, b) se debe tratar de una organización del Estado con Personería Jurídica del Derecho Público, c) se debe tratar de una organización creada por norma expresa, d) se trate de una organización que administra Fondos Públicos, e) se trata de una organización que contribuya a la satisfacción de necesidades y expectativas sociales, f) se debe de una organización sujeta a control y g) fiscalización y rendición de cuentas.

Además, señala: *la definición establecida en la Directiva comprende una serie de elementos de suma importancia, pero es necesario que se delimite con certeza a nivel de la legislación administrativa, que toda Entidad Publica ejerce función administrativa, si la personalidad jurídica es o no, aun criterio determinante; y que solo las normas jurídicas de n nivel legal o supra legal pueden crear entidades públicas.*

De acuerdo con (PACORI CARI, 2019), se ha establecido como regla que las “breves interrupciones” de servicios prestados no pueden afectar el carácter ininterrumpido de los servicios prestados por los servidores públicos contratados para desconocer el derecho del trabajador a la protección frente al despido; sin embargo, dicha interrupciones solo pueden alcanzar hasta 30 días, de acuerdo a lo señalado por la Corte Suprema.

4.1.2.2. Variable dependiente:

Procedería indemnizarlo a pesar de no haber cumplido con alguno de los requisitos del artículo 1° de la Ley 24041 para ser reincorporado.

Análisis sobre la indemnización dentro de la administración pública:

En normativa nacional:

El último párrafo del **artículo 10° del Decreto Legislativo N° 1057**, modificado por la Ley N° 29849, señala: *“la resolución arbitraria o injustificada del contrato administrativo de servicios genera el derecho al pago de una indemnización equivalente a las remuneraciones mensuales dejadas de percibir hasta el cumplimiento del plazo contractual, con un máximo de tres (...).”*

El **artículo 36° de la Ley 30057: Ley SERVIR**, señala: *“la destitución declarada nula o injustificada por el Tribunal del Servicio Civil o el Juez otorga al servidor civil el derecho a solicitar el pago de una indemnización o la reposición”.*

El **Artículo 227° del Reglamento de la Ley SERVIR**, señala: *“la indemnización a que se refiere la Ley tomará como base de cálculo la compensación económica compuesta de la principal y la ajustada pagada en el último mes de servicio. La indemnización equivale a una y media de dichas compensaciones económicas mensuales, por cada año completo de servicios, hasta un máximo de doce (12) compensaciones económicas mensuales. Las fracciones se abonan en forma proporcional por dozavos y treintavos.”*

El último párrafo del **artículo 10° del Decreto Legislativo N° 1057**, modificado por la Ley N° 29849, señala: *“la resolución arbitraria o injustificada del contrato administrativo de servicios genera el derecho al pago de una indemnización equivalente a las remuneraciones mensuales dejadas de percibir hasta el cumplimiento del plazo contractual, con un máximo de tres (...).”*

Criterio del Tribunal Constitucional y la Corte Suprema:

El **Tribunal Constitucional** en a **STC N° 5057-2013-AA/TC**, ha señalado: *“En el supuesto de que en un proceso de amparo el demandante no pueda ser reincorporado por no haber ingresado por concurso público de méritos para una plaza presupuestada, vacante de duración indeterminada, el juez reconducirá el proceso a la vía ordinaria laboral para que la parte demandante solicite la indemnización que corresponda, conforme a lo previsto en el artículo 38°*

del TUO del Decreto Legislativo N° 728. Dicha vía proseguirá el trámite conforme a la ley procesal de la materia y no podrá ser rechazada por la causal de extemporaneidad.”

El **Tribunal Constitucional** en la **STC N° 03818-2009-AA/TC** ha señalado: *“La protección contra el despido arbitrario establecido en el artículo 27 de la Constitución Política es de aplicación al régimen CAS regulado por el Decreto Legislativo N° 1057”;* asimismo resalto que: *“(…) la solución de reposición desnaturalizaría la esencial especial y transitoria del contrato administrativo de servicios; por cuanto los contratos de trabajo en este régimen son a plazo determinado y no a plazo indeterminado. Además, conforme al párrafo d) del artículo 7 del protocolo adicional a la convención americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, en casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a na indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualquier otra prestación prevista por la legislación nacional”.* En consecuencia concluye: *“(…) al régimen laboral especial del CAS no le resulta aplicable el régimen procesal de eficacia restitutoria (readmisión en el empleo), sino nicamente el régimen procesal de eficacia restitutiva (indemnización)”.*

Por otro lado, el **Tribunal Constitucional** en lats **N° 00976-2001-AA/TC** del **Caso Eusebio Llanos Huasco** señalo: *“El régimen de protección sustantivo-reparador es compatible con la constitución cuando el trabajador, una vez que despedido arbitrariamente inicia una acción judicial ordinaria con el objeto de que se califique el despido como justificado, con el propósito de exigir del empleador el pago compulsivo de la referida indemnización. (...) este régimen de protección adecuada se encuentra previsto en el numeral 13.3 del Decreto Supremo N° 075-2008-PCM, el cual dispone que: (...) Cuando el contrato administrativo de servicios sea resuelto por la entidad pública, unilateralmente y sin mediar incumplimiento del contrato, el juez podrá aplicar una penalidad equivalente a las contraprestaciones dejadas de percibir, hasta un importe máximo equivalente a dos meses. Así, dicho artículo pone en relieve el régimen laboral especial del contrato administrativo de servicios prevé un régimen de protección sustantivo-reparador que tiene una eficacia resarcitoria que es compatible con la protección adecuada que brinda el artículo 27 de la Constitución contra el despido arbitrario”*

Los Magistrados de la **Corte Suprema** en el **VII Pleno Jurisdiccional en Materia Laboral y Previsional** ha señalado: *“Mientras que en los casos de trabajadores de dirección o de confianza de empresas del Estado, la designación establecida en el artículo 43° del TUO del Decreto Legislativo N° 728, no genera derecho a indemnización alguna a los trabajadores que fueron designados directamente en un cargo de Confianza o de dirección, cuando posteriormente se le retire la confianza. En los caso de los trabajadores que han venido desarrollando labores comunes u ordinarias y luego son promovidos a cargos de dirección o de confianza dentro de entidades públicas o empresas del Estado, una vez que se les retire la confianza o sean removidos de dichos cargos, les corresponderá el pago de indemnización por despido arbitrario en caso de s empleador les impida reincorporarse a su antiguo puesto de trabajo; o cuando el propio trabajador opte por no reincorporarse a su antiguo trabajo”.*

☞ **En la doctrina nacional:**

La indemnización por despido injustificado tiene carácter de reparador a la compensación por tiempo de servicios; que la naturaleza jurídica de esta indemnización especial, es una prestación de dinero que el empleador le hace as u ex trabajador para reparar en parte el daño causado por la ruptura violeta e injustificada de la relación laboral que esa indemnización especial tiene además fines de previsión por el tiempo en que el trabajador queda desocupado y sin posibilidad en algunos casos de obtener trabajo adecuado.

Por otro lado, (QUISPE CHAVEZ, 2011) señala: *existe despido arbitrario cuando se despido al trabajador CAS sin expresión de causa justa o sustentada en causal no demostrable en juicio o cuando se despido por causa justa pero no se distingue el procedimiento previsto en la*

Ley. Por lo cual, en ambos casos el empleador tiene la obligación de indemnizar al trabajador con el máximo de dos remuneraciones dejadas de percibir, asimismo, dicho pago debe ser afectado al momento en que se produce, debiéndose programar en el próximo pliego presupuestario; de no abonarse de inmediato el trabajador tiene el derecho de demandarlo judicialmente.

4.2. PROBANZA DE LA HIPOTESIS Y CONTRASTACION DE VARIABLES

Después de realizar la probanza jurídico-doctrinal de las variables de la hipótesis general y específica, se procederá a contrastarlas con la finalidad de verificar si las hipótesis planteadas por el tesista son susceptibles de comprobarse.

Por ello, se reitera las hipótesis planteadas para poder evaluar si la probanza fue negativa o positiva. Así, pues, las hipótesis son las siguientes:

Hipótesis General:

Debido al reconocimiento del Derecho a una adecuada protección contra el despido arbitrario y a que lo contrario vaciaría de contenido su Derecho al Trabajo; el servidor público contratado si tendría un derecho a ser indemnizado cuando ha sido objeto de un despido arbitrario y por no haber cumplido con alguno de los requisitos establecidos en el artículo 1 de la Ley 24041 no ha sido reincorporado.

Hipótesis Específica:

En los casos, en los que por aplicación del Principio de Primacía de la Realidad se reconozca la relación laboral del servidor público contratado -objeto de despido arbitrario- con alguna entidad pública y esta sea superior a tres meses ininterrumpidos, procedería indemnizarlo a pesar de no haber cumplido con alguno de los requisitos del artículo 1 de la Ley 24041 para ser reincorporado.

Respecto a la hipótesis general, el artículo 22° de la Constitución Política reconoce el derecho al trabajo, el cual ha sido desarrollado por el Tribunal Constitucional en la STC N° 1124-2001-AA/TC³⁸, en la cual señala: “20. (...) *el contenido esencial de este derecho constitucional al trabajo implica dos aspectos: El de acceder a un puesto de trabajo, por una parte y, por otra, el derecho a no ser despedido sino por causa justa. (...)*”. Siendo, el segundo aspecto del derecho al trabajo el de mayor controversia en la actualidad, el artículo 27° del citado cuerpo constitucional, el que reconoce su protección adecuada a través de una regulación legal adicional.

En ese sentido, también la doctrina nacional ha reconocido que dicho artículo 27° es el llamado a proteger el derecho al trabajo, teniendo como punto de partida, el haber dispuesto una reserva legal; es decir, el legislador es el llamado a regular cuál es la protección adecuada contra un despido arbitrario, siendo la indemnización y la reposición, las figuras más utilizadas para la protección del trabajador ante la vulneración a su derecho al trabajo.

Sin embargo, dicho derecho necesita de un desarrollo legal para saber si ante un despido arbitrario corresponde que el trabajador sea reincorporado o sea solamente indemnizado. Ello por cuanto los efectos de cada una de las formas de protección son distintas; así cuando se indemniza al trabajador, en doctrina se ha señalado que ello ocasiona que el despido resuelve el contrato de trabajo extingue el vínculo laboral; mientras que cuando se repone al trabajador, el despido nunca tuvo efectos puesto que el mismo resulta inválido (incausado y fraudulento) o nulo; por no haber señalado causa de despido, por no haberse seguido el procedimiento legal o por haberse violentado derechos fundamentales adicionales al derecho al trabajo, respectivamente.

³⁸Caso Telefónica S.A.A.

Asimismo, es necesario precisar que el reconocimiento constitucional de la protección al derecho al trabajo en el artículo 27° hace a la misma de eficacia inmediata y que su falta de regulación no restringe dicho derecho, siempre que la consecuencia sea adecuada al tipo de despido. Traemos ello a colación dado que en el régimen laboral privado el trabajador que haya sido objeto de despido arbitrario (artículo 38° del Decreto Legislativo N° 728) solo puede ser indemnizado; sin embargo, el Tribunal Constitucional ha considerado dicho artículo como inconstitucional y estableció en vía jurisprudencial las figuras del despido incausado y del despido fraudulento, para reconocer a la reposición como adecuada protección contra estos tipos de despidos.

Ahora bien, en la actualidad, de acuerdo a la jurisprudencia vinculante, la protección adecuada contra el despido arbitrario para los empleados públicos contratados dentro del régimen regulado por el Decreto Legislativo N° 276, es la reposición de acuerdo a la Ley N° 24041. Sin embargo, dicha protección está limitada al cumplimiento principalmente de dos requisitos: 1) Haber sido contratado para labores de naturaleza permanente³⁹, y 2) Tener más de un año ininterrumpido de servicios⁴⁰. Respecto del primer requisito, la Corte Suprema reconoce como labores de naturaleza permanente a los cargos contenidos en los Documentos de Gestión: Manual de Organización de Funciones (MOF), Reglamento de Organización y Funciones (ROF) y Cuadro de Asignación de Personal (CAP). Con relación al segundo requisito, el Tribunal Constitucional⁴¹ ha señalado que los cortes de menos de 30 días, se consideran cortes tendenciosos y por tanto, no resultan válidos para desconocer la ininterrumpida prestación de servicios.

Cabe resaltar que a pesar de las posiciones antes mencionadas, aún existen casos en los que los empleados públicos contratados no logran acreditar dichos requisitos; y por tanto, a pesar de haber sido despedidos arbitrariamente, no logran una protección adecuada contra dicho despido, puesto que las sentencias inhibitorias terminan vaciando su derecho al trabajo.

Sobre el particular, la presente tesis analizó la doctrina sobre el derecho al trabajo y su protección adecuada así como los precedentes vinculantes, y se encontró una alternativa para proteger el derecho al trabajo de estos empleados públicos, a los que no alcanzan la protección brindada por la Ley N° 24041 al no acreditar el cumplimiento de requisitos previstos en esta.

Para ello se analizó(en la presente tesis) los requisitos que debe cumplir la relación laboral -a consideración del actor- reconocida a estos empleados públicos para acceder al derecho a la adecuada protección contra el despido arbitrario (indemnización); llegándose a la conclusión que se requiere primero la aplicación del Principio de Primacía de la Realidad y el reconocimiento de su relación laboral -para que así obtengan la protección del Derecho Laboral-, y demás superar los 3 meses de labores ininterrumpidos con la entidad empleadora,-a fin de cumplir con un periodo de prueba, y con ello obtener protección contra el despido arbitrario, estando en situación de igualdad con los trabajadores del Régimen Privado-.

Por otro lado, que en la actualidad, la mayoría de empleados públicos que solicitan la aplicación de la Ley N° 24041; son trabajadores que han sido contratados bajo las modalidades de Contratos de Locación de Servicios o Contratos de Servicios por Terceros; y últimamente, también los que luego de haber sido contratados bajo las modalidades antes señaladas, son contratados bajo la modalidad Administrativa de Servicios (CAS); por la sola voluntad de la entidad empleadora y que sin mediar algún tipo de comunicado por parte de la entidades les prohíbe ingresar a laborar bajo el argumento del cumplimiento del plazo de Contratación de dichos contratos.

³⁹Casación N° 12923-2016-Piura y Casación N° 14135-2016-Junín.

⁴⁰Casación N° 0005857-2009-Junín, Casación N° 7298-2015-Piura y Casación N° 14135-2016-Junín.

⁴¹STC N° 1084-2004-AA/TC.

Ante esta situación, los referidos empleados públicos reclaman ante la entidad empleadora contra su despido arbitrario y requieren su reposición ante la entidad empleadora, agotando de esta manera la vía administrativa. Asimismo, en caso ésta les sea desfavorable, acuden luego al Poder Judicial mediante la interposición de demanda contencioso administrativa con pretensiones acumuladas de reconocimiento del vínculo laboral a tiempo indeterminado por desnaturalización de los contratos de locación de servicios o servicios por terceros; y acumulativamente, solicitan de acuerdo al artículo 1° de la Ley N° 24041, que se les reponga en el puesto que venían laborando. Si bien en la mayoría de veces se reconoce la relación laboral a tiempo indeterminada, no logran su reposición por no cumplir con alguno de los requisitos de la Ley N° 24041.

Son precisamente estos casos, los que han sido materia de análisis en la presente tesis; reconociendo el actor que a pesar de no encontrarse bajo los alcances de la Ley N° 24041, el empleado público que ha sido despedido sin mediar causa justa al ser reconocida su relación laboral con alguna entidad pública, merece que se le indemnice, debido a que el derecho al trabajo está reconocido por la Constitución; y por tanto debe ser protegido contra dicho despido, teniendo en cuenta que no puede alcanzar la reposición de acuerdo al artículo 1° de la Ley 24041.

En ese sentido, el hecho de no cumplir con los requisitos de la Ley N° 24041, no restringe o impide el derecho a la adecuada protección contra el despido; toda vez que el empleado público merece dicha protección contenida en el artículo 27° de la Constitución; más aún sí el artículo 23° del mismo cuerpo constitucional señala que ninguna relación laboral puede limitar o rebajar el ejercicio de derechos constitucionales como son el derecho al trabajo y a su adecuada protección.

Asimismo, este reconocimiento se encuentra sustentado en el Principio-Derecho a la igualdad, toda vez que un trabajador bajo el régimen laboral privado (Decreto Legislativo N° 728), cuando no se le reconoce el derecho a ser reincorporado; tiene derecho a ser indemnizado tal como lo ha reconocido el Tribunal Constitucional. Este criterio resulta igualmente aplicable al caso del empleado público que ha sido despedido sin causa justa y no ha sido reincorporado bajo los efectos de la Ley N° 24041, caso contrario, y tal como ha señalado el Tribunal Constitucional, se vaciaría de contenido su derecho al trabajo, en el aspecto referente a no ser despedido sin causa justa pre establecida en la ley.

Debe tenerse, también en cuenta que el derecho a la adecuada protección contra el despido arbitrario está reconocido en los siguientes tratados internacionales, de los cuales es signatario el Estado Peruano: Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Declaración Universal de Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales; los cuales se verían vulnerados por parte del Estado Peruano ante la falta de protección en estos casos.

Adicionalmente, el derecho a la adecuada protección contra el cese arbitrario -en la coyuntura legal actual- se encuentra reconocido en la Ley N° 28175 - Ley Marco del Empleo Público (artículo 15°). Por su parte, la indemnización como adecuada protección contra el cese arbitrario se encuentra reconocida para otros trabajadores del sector público como son los que están comprendidos en el régimen CAS (art. 10° del Decreto Legislativo N° 1057) y en la Ley del Servicio Civil (artículo 36° de la Ley N° 30057).

Para terminar con este punto de análisis, nos preguntamos: ¿Por qué no reconocer el derecho a la reposición como adecuada protección contra el cese arbitrario de estos empleados públicos? La respuesta resulta obvia, la misma protección contra el cese arbitrario señala que ésta debe ser adecuada. Por tanto, si el acceso al empleo público es mediante concurso público y la reincorporación cuando fuere, es cumpliendo los requisitos del artículo 1° Ley N° 24041, no sería adecuado proteger con la reposición a aquel empleado público que ha laborado para la administración pública, vulnerando los Principios de igualdad de oportunidades y de meritocracia

respecto de las personas que también quisieran trabajar en algún organismo del Estado y que muchas veces están más capacitados que ellos.

Ahora bien, respecto a la hipótesis específica; se concluye que en harás del principio de igualdad ante la ley; si la protección adecuada contra el despido arbitrario para los trabajadores del régimen privado es luego de haber cumplido un periodo de prueba -establecido en tres meses-; igualmente debe ser para los empleados públicos contratados, corresponde que se le proteja luego de dicho plazo; es por eso que resulta valido y necesario dicho cumplimiento; y siempre que en el proceso en que soliciten su reincorporación bajo la Ley N° 24041, se reconozca su vínculo laboral con alguna entidad pública (en aplicación del Principio de Primacía de la Realidad); lo cual obliga al estado y a los órganos jurisdicción proteger al empleado público contra el despido arbitrario; aun ello no determine su permanencia en el empleo.

CONCLUSIONES:

- ☞ El empleado público tiene derecho a ser indemnizado, en aras de una protección adecuada de su derecho al trabajo; toda vez, de acuerdo con el penúltimo párrafo del artículo 23° de la nuestra Constitución, por encima del régimen laboral, no se puede limitar el ejercicio de derechos constitucionales, como lo es la adecuada protección contra el despido arbitrario. Más aún si, la falta de dicha protección, determina que el derecho al trabajo se vea vaciado de su contenido, en su segundo aspecto (de no ser despedido sin causa justa).
- ☞ El reconocimiento del vínculo laboral del prestador de servicios con alguna entidad pública, determina que su derecho al trabajo –reconocido en el artículo 22° de la Constitución 1993- sea protegido adecuadamente contra el cese o destitución arbitrario.
- ☞ La Ley N° 24041 protege la permanencia del trabajador bajo el régimen laboral público regulado por el Decreto Legislativo N° 276 y en todo lo que le sea aplicable (artículo 2° de dicho decreto); sin embargo, en la actualidad, la Constitución de 1993 no se protege dicha permanencia, sino más bien, que el trabajador no sea despedido sin causa justa o sin el procedimiento de despido (o disciplinario) pre-establecido en la Ley (Capítulo V del D. Leg. 276 (ahora regulado por la Ley N° 30057).
- ☞ El hecho de que el empleado público obtenga protección en la Ley N° 24041, ello no determina que ante el incumplimiento de alguno de sus requisitos, no pueda ser indemnizado; toda vez que su derecho al trabajo, afectado por el cese arbitrario, merece una mayor protección que la dada por dicha Ley de acuerdo con el artículo 27° de Constitución 1993.
- ☞ Ante la existencia de diversidades de regímenes laborales dentro de la administración pública, al que puedan ser o no contratados los empleados públicos; no se debe descuidar la institución jurídica que se encuentra detrás, me refiero al empleo público, que está determinado por todas las relaciones jurídicas (sin importar el régimen laboral en el que se encuentren) en las que el Estado actuó como empleador, y por tanto, al reconocerse dicha relación laboral -por aplicación del Principio de Primacía de la Realidad- desencadena una protección amplia de derechos laborales.
- ☞ El derecho a la adecuada protección contra el despido arbitrario, está sobre la regulación que la Ley le pueda otorgar; debido a que, existen normas como la Ley N° 24041, que si bien regulan supuestos de ceses arbitrarios y una forma de proteger al trabajador -ante dicho cese-, su protección no resulta suficiente cuando a pesar de haber sido despedidos arbitrariamente no logra la protección de dicha Ley, por falta del cumplimiento de sus requisitos para ser reincorporado.
- ☞ No se debe confundir la protección adecuada contra el despido arbitrario (indemnización o reposición), con el contratación indeterminada o el hecho que el demandante se encuentra inscrito en planillas de trabajadores de la demandada; toda vez que el despido, si bien es una figura con la que el empleador puede vulnerar el derecho al trabajo, también lo es, el hecho de ser un derecho del empleador, cuando el trabajador ha cometido falta grave que hace imposible subsistencia de la relación laboral. Siendo válida la protección ante el despido cuando este sea arbitrario.
- ☞ De acuerdo con el criterio del Tribunal Constitucional (TC) y de La Corte Suprema de la República -en la actualidad- para que el servidor público sea reincorporado al ser cesado arbitrariamente, está determinada por el hecho de haber ingresado mediante concurso público.

RECOMENDACIONES:

- ☞ El Juez Contencioso-Laboral, en aras del principio protector del derecho laboral, debe velar por el cumplimiento de la adecuada protección contra el despido arbitrario de estos empleado público; debiéndose indemnizar a todos aquellos a los que no les corresponda ser reincorporados en el puesto que venían laborando (artículo 1° - Ley 24041), teniendo como sustento el artículo 27° de la Constitución, el artículo 7° del Tratado de San Salvador y el artículo 10° Convenio Colectivo N° 158 de la OIT.
- ☞ Asimismo, en aplicación del Principio de la condición más beneficiosa, por encima de la protección legal existente -en el Decreto Legislativo N° 276 y en la Ley N° 24041-, debe velar por la protección adecuada del Derecho al Trabajo, en los casos de cese arbitrarios de estos trabajadores.
- ☞ En vista de que el acuerdo normas son interpretables y que los derechos constitucionales son de protección inmediata, los magistrados pueden desarrollar con la motivación suficiente, las ideas planteadas en la presente tesis, para una mejor protección del derecho al trabajo de estos empleados públicos, que se encuentran desprotegidos contra el cese arbitrario, cuando no han acreditado alguno de los requisitos de la Ley 24041.
- ☞ Se recomienda al Congreso de la República del Perú elaborar una Ley para proteger a los trabajadores que no logren acreditar algunos de los requisitos de la Ley N° 24041 para ser reincorporados por el cese arbitrario, en aras de una adecuada protección contra dicho cese; debiendo tenerse en cuenta la siguiente propuesta de modificación legal:

Exposición de motivos:

- ☞ Los empleados públicos (por haberse desnaturalizado su contrato de locación de servicios o servicios por terceros) cesados sin causa justa y/o sin el procedimiento disciplinario correspondiente; que logran acreditar su relación laboral con alguna entidad pública (en un Procesos Contenciosos Administrativo), pero no logran acreditar los requisitos de la Ley N° 24041 para ser reincorporados, no encuentran protección adecuada a su derecho a trabajo; aun a pesar de que:
- ☞ El artículo 22° de la Constitución Política del Estado reconoce el Derecho al Trabajo, y el artículo 27° -del mismo cuerpo constitucional-el Derecho a la Adecuada Protección contra el despido arbitrario; en ese sentido, la relación laboral con alguna entidad pública, se encuentra, igual que la relación laboral privada, protegida por dicho artículo; en consecuencia, se encuentra proscrito el despido o cese sin causa justa.
- ☞ La **Ley N° 28175: Ley Marco del Empleo Público**, en su **artículo 15°**, señala: “El empleado público, sin excluir otros que le otorgan la Constitución y las Leyes, tiene derecho a: (...) c) Protección adecuada contra el cese arbitrario, con observancia de las garantías constitucionales del debido proceso”.
- ☞ Asimismo, si el Derecho al Trabajo se encuentra compuesto por dos aspectos: “*El de acceder a un puesto de trabajo y el derecho a no ser despedido sino por causa justa (...)*”; siendo ello aplicable a cualquier relación laboral (tanto pública como privada), merecen también -dichos empleados públicos- ser protegidas ante el despido o cese arbitrario (sin causa justa).

Objeto:

- ☞ Proteger a los empleados públicos (por haberse desnaturalizado su contrato de locación de servicios o servicios por terceros) de un cese o destitución sin causa justa preestablecida en la Ley; cuando no sean reincorporados de acuerdo a lo establecido en el artículo 1° Ley N° 24041.

Ámbito de aplicación:

- ☞ Empleados públicos que no puedan ser reincorporados de acuerdo al contenido del artículo 1° de la Ley N° 24041.

☞ Artículo 1°: Indemnización por despido arbitrario

“Los empleados públicos cesados o destituidos sin causa justa y/o sin el procedimiento disciplinario establecido en el Capítulo V del Decreto Legislativo N° 276, serán indemnizados cuando logren acreditar que hayan laborado mínimamente 3 meses de forma ininterrumpida y no logren ser reincorporados de acuerdo al artículo 1° de la Ley N° 24041”.

☞ Artículo 2°: cálculo de la indemnización

“La indemnización a que se refiere el artículo anterior tomará como base de cálculo la remuneración total percibida por el empleado público en el último mes de servicio; asimismo, equivale a una y media de dichas remuneración mensual, por cada año completo de servicios, hasta un máximo de doce (12) compensaciones económicas mensuales. Las fracciones se abonan en forma proporcional por dozavos y treintavos.”

BIBLIOGRAFIA:

- ALONSO GARCIA, M. (1981). *Curso de Derecho del Trabajo*. Barcelona: Ariel.
- ALONSO OLEA, M., & CASAS BAAMONDE, M. E. (1995). *Derecho del Trabajo*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid.
- ALVA MATTEUCCI, M. (02 de 06 de 2019). *Blog PUCP*. Obtenido de Blog PUCP: <http://blog.pucp.edu.pe/blog/blogdemarioalva/2009/04/17/el-concepto-de-administracion-publica-en-la-legislacion-peruana/>
- ARACO VIVAS, T. T. (2019). El Derecho al Trabajo y la Estabilidad Laboral en la Legislación Nacional a propósito del Caso Lagos Del Campo vs. Perú. *Soluciones Laborales*, 131-145.
- ARAUCO VIVAS, T. T. (2019). La naturaleza tuitiva de la indemnización por daños y perjuicios frente al despido inconstitucional. En *Los desafíos actuales del Derecho del Trabajo* (págs. 277-291). Lima: Gaceta Jurídica.
- ARCE ORTIZ, E. (2013). *Derecho individual del trabajo en el Perú: Desafíos deficiencias*. Lima: Palestra Editores S.A.C.
- AREVALO VELA, J. (2016). *Tratado de Derecho Laboral*. Lima: Instituto Pacífico.
- AURIS GUTIÉRREZ, F. B., ARÉVALO VELA, J., & TOLEDO TORIBIO, O. (2018). *SUMMA LABORAL*. Lima: Nomos & Thesis.
- BASTOS PINTO, M., & Otros. (2012). *Diccionario de Derecho Constitucional Contemporáneo*. Lima: Gaceta Jurídica.
- BLANCAS BUSTAMANTE, C. (1991). *El derecho de estabilidad en el trabajo*. Lima: ADECATC.
- BLANCAS BUSTAMANTE, C. (2013). *El despido en el derecho laboral peruano*. Lima: ARA Editores.
- BOZA PRO, G. (2000). *Fundamentos del derecho el trabajo*. Lima: Academia de la Magistratura.
- BRONSTEIN, A. (1993). *La protección contra el despido arbitrario en el Derecho Comparado del trabajo*. Santiago: Universidad Nacional Andrés Bello.
- CABRERA VASQUEZ, M. A., & QUINTANA VIVANCO, R. (2011). *Derecho Administrativo & Derecho Procesal Administrativo*. Lima: Ediciones Legales E.I.R.L.
- CALDERON PORRAS, L. C. (2018). *Precedente vinculante "Caso Huatuco", sentencia que afecta el fortalecimiento de la protección adecuada contra el despido arbitrario en el sector público respecto de los servidores del decreto legislativo N° 728, vulnerándose el Derecho al Trabajo*. Tesis de Magister, Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo, Escuela de Post Grado: Maestría Derecho, Lambayeque.
- CANELO DÁVILA, G. (2018). *Derecho del Trabajador*. Lima: Lex & Iures: Grupo Editorial.
- CANESSA MONTEJO, M. (2009). *La protección contra el despido en el Derecho Internacional*. Lima: ARA Editores.
- COAGUILA MITA, E. A. (2016). *El Despido y la Adecuada Protección en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional 2003-2013*. Moquegua: Universidad José Carlos Mariátegui.
- COUTURIER, G. (1993). *Derecho del Trabajo*. París: Presses Universitaires France.

- CRISTALDO MONTANER, J. D. (2009). *Tratado de Estabilidad Laboral*. Asunción: Fides.
- CRUZ VILLALÓN, J. (2003). *Estatuto de los Trabajadores*. Madrid: Tecnos.
- CUBA VELAOCHAGA, L. (2017). *El Despido Arbitrario: desarrollo doctrinario y jurisprudencia*. Lima: Gaceta Juridica S.A.
- DE BUEN, N. (1988). *Derecho del Trabajo*. México: Perrúa S.A.
- DE BUEN, N. (1990). *La flexibilidad en el derecho del trabajo*. México: Casa abierta al tiempo y Friedrich Ebert Stiftung.
- DE DIEGO, J. A. (2004). *Manual de derecho del trabajo y la seguridad social* (Vol. 6ta Edición). Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- DE LA CUEVA, M. (1964). *Derecho Mexicano del Trabajo*. México: Perrúa S.A.
- DÍAZ, T. (1990). *Problemática de la estabilidad laboral en el Perú: Legislación comparada*. Lima: Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología.
- ERMIDA URIARTE, O. (1994). *La Flexibilidad del Derecho Laboral en algunas experiencias comparadas*. Lima: Ius et Veritas.
- ERMITA URIARTE, O. (2011). Protección, igualdad, dignidad, libertad y no discriminación. *Soluciones Laborales N° 41*, 53.
- FERRO DELGADO, V. (2004). *El Principio de Irrenunciabilidad en la interpretación constitucional*. Lima: Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
- FORMARO, J. (2010). *Juicio por accidentes y enfermedades de trabajo*. Buenos Aires: Hammurabi.
- GARCÍA FERNÁNDEZ, M. (1999). *Introducción al Derecho de Trabajo y la Seguridad Social*. Madrid: Editorial McGraw Hill.
- GARCIA MANRIQUE, A. (2018). ¿Cómo se están aplicando los principios laborales en el Perú? *Soluciones laborales*, 99.
- GORDILLO, A. (2003). *Tratado de Derecho Administrativo*. Lima: Ara Editores.
- GRISOLIA, J. (2000). *Regimen indemnizatorio en el contrato de trabajo*. Rosario: Nova Tesis.
- LALUPÚ SERNAQUÉ, L. A. (2019). Repercusiones de la Ley N° 24041 y la situación actual del empleo público. *Soluciones laborales para el Sector Público*, 199-2017.
- LUCAS VERDU, P. (1986). *Curso de Derecho Político*. Madrid: Tecnos.
- MARTÍN TIRADO, R. (2013). *El concepto de Entidad Pública en el Ordenamiento Jurídico Peruano y su incidencia en el Régimen de Organización de la Administración Pública*. Lima: Derecho & Sociedad: Asociación Civil.
- MIRANDA HURTADOS, G. (2013). *Instituciones y Perspectivas del Derecho Laboral Público*. Lima: Derecho & Sociedad: Asociación Civil.
- MONEREO PÉREZ, J. L., & MORENO VIDA, M. N. (1994). *Forma y Procedimientos del Despido Disciplinario*. Madrid: Revista de Derecho Privado.
- MONTOYA MELGAR, A. (1980). *La protección constitucional de los derechos laborales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

- MORILLO VILLAVICENCIO, A. S. (2019). El reconocimiento de la estabilidad laboral a nivel legal y constitucional. *Soluciones Laborales* , 66-86.
- MORÓN SANCHÉZ, W. J. (2017). *La protección frente al despido arbitrario del trabajador de confianza en el sector público y privado*. Trabajo Académico para optar el grado de segunda especialidad en Derecho del Trabajo y la Seguridad Social., Pontificia Universidad Católica del Perú, Facultad de Derecho, Lima. Recuperado el 20 de Mayo de 2019
- NAVARRETE, A. (2012). *La Nueva Ley Procesal del Trabajo y la procedencia del amparo laboral*. Lima: Soluciones Laborales.
- NEVES MUJICA, J. (2003). *Introducción al Derecho Laboral*. Lima: Editorial PUCP.
- NEVES MUJICA, J. (2016). El despido en la Legislación y en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional y los Plenos Jurisprudencias Supremos en Materia Laboral. *THÉMIS: Revista de Derecho*, 227-232.
- OSSORIO, M. (2016). *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. (Vol. 1era edición electrónica). Guatemala, México: Datascan S.A.
- OSTERLING PARODI, F. (s.f.). *La indemnización de daños y perjuicios*. Recuperado el 17 de 09 de 2019, de osterlingfirm.com/documentos/articulos/la%20indemnizacion%20de%20daños.pdf
- PACHECO ZERGA, L. (2014). Test de disponibilidad de Derecho establecidos en la Nueva Ley Procesal Laboral. *Soluciones Laborales*, 47.
- PACORI CARI, J. M. (2019). La Ley 24041: Protección contra el despido injustificado en el régimen laboral Público 276. *Diálogo con la Jurisprudencia*, 239-250.
- PALACIOS VALVERDE, J. T. (2018). *Las remuneraciones devengadas en los despidos fraudulentos e incausados: implicaciones del V pleno jurisdiccional supremo en materia laboral y previsional*. Tesis de Licenciatura, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad Nacional de Piura, Piura.
- PASCO COSMÓPOLIS, M. (1987). *Extinción de la Relación Laboral en el Perú*. Lima: AELE Editorial.
- PASCO COSMOPOLIS, M. (1989). *El trabajo en la Constitución*. Lima: Ius et Veritas.
- PLÁ RODRÍGUEZ, A. (1998). *Los Principios del Derecho al Trabajo*. Buenos Aires: Depalma.
- QUISPE CHAVEZ, G. (2011). *Régimen Laboral de los Trabajadores Públicos*. Lima: Gaceta Jurídica S.A.
- RAMIREZ BOSCO, L. (1986). *Manual del Despido*. Buenos Aires: Hammurabi S.R.L.
- RIVERA TANTARUNA, A. J. (2017). *La vulneración de los derechos laborales por parte Tribunal Constitucional en aplicación del precedente vinculante del expediente N° 5057-2013-AA/TC - CASO HUATUCO*. Universidad Ricardo Palma, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Lima.
- SANGUNETI RAYMOND, W. (1989). El Derecho de estabilidad en el trabajo en la constitución. *Trabajo y Constitución*, 88.
- SOTO RODRIGUEZ, S. (2019). La carga de la prueba del hecho del despido en la nueva ley procesal del trabajo. *Soluciones laborales para el sector privado*, 109.

- SUÁREZ, J. (1978). *La estabilidad en el empleo*. República Dominicana: Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra.
- TOYAMA MIYAGUSUKU, J. (2003). *El Tribunal Constitucional y los supuestos de reposición laboral*. Lima: Asesoría Laboral.
- TOYAMA MIYAGUSUKU, J. (2017). *Guía Laboral*. Lima: Gaceta Jurídica.
- UGAZ OLIVARES, M., & HIGA GARCÍA, A. (2012). La condena penal por delito doloso como causa justa de despido en el régimen laboral privado. *Ius Et Veritas*, N° 43.
- VALDEZ VÁSQUEZ, V. P. (2017). *El tipo de responsabilidad en el despido incausado de los servidores públicos repuestos judicialmente*. Tesis de Licenciatura, Universidad Privada del Norte, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Cajamarca.
- VÁSQUEZ VIALARD, A. (1986). *Estudios de derecho del Trabajo y de la seguridad social*. Lima: Ediciones Jurídicas.
- VINATEA RECOBA, L. (2013). La "Adecuada Protección Procesal" contra el Despido Arbitrario: Comentarios a la sentencia del 13 de marzo de 2003 emitida por el Tribunal Constitucional Peruano. *Derecho & Sociedad: Asociación Civil*, 105-113.

ANEXOS A
CRONOGRAMA DE EJECUCIÓN:

CRONOGRAMA DE ACTIVIDADES								
AÑO	2019							
ACTIVIDADES	MAYO	JUNIO	JULIO	AGOSTO	SEPTIEMBRE	OCTUBRE	NOVIEMBRE	DICIEMBRE
ETAPA DE ANÁLISIS - METODOLÓGICA								
ANÁLISIS PREVIO	X							
PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA		X						
RECOPIACIÓN Y ORDENAMIENTO DE DATOS		X						
CLASIFICACIÓN DE DATOS		X						
ANÁLISIS CRÍTICO E INTERPRETATIVO		X						
ETAPA ELABORATIVA								
ANÁLISIS METÓDICO		X						
REDACCIÓN INICIAL		X						
PRESENTACIÓN DEL PROYECTO		X						
APROBACIÓN DEL PROYECTO			X					
INTERPRETACIÓN DE LA INFORMACIÓN				X				
SEGUNDA REDACCIÓN					X	X	X	
PREPARACIÓN BIBLIOGRÁFICA, CITAS Y ANEXOS.							X	
CORRECCIÓN E IMPRESIÓN DE LA TESIS							X	
SUSTENTACIÓN								X

ANEXOS B
PRESUPUESTO

Recursos:

INVERSIÓN A LA INVESTIGACIÓN	S/. 5,850.00
FUENTE DE FINANCIAMIENTO	INGRESOS PROPIOS

Gastos de Presupuesto:

RUBRO	CONCEPTO	COSTO
BIENES	IMPRESORA CANNON	S/. 500.00
	CARTUCHOS Y TINTAS	S/. 250.00
	HOJAS A4 (SIMILARES)	S/. 100.00
	MATERIAL DIDÁCTICO	S/. 150.00
SERVICIOS	PASAJES Y VIATICOS	S/. 200.00
	SERVICIO DE COPIAS	S/. 100.00
	SERVICIO DE TIPEO	S/. 250.00
	SERVICIO DE EMPASTADO	S/. 200.00
	INTERNET E IMPRESIONES	S/. 300.00
ASESORAMIENTO		S/. 3800.00
	TOTAL	S/ 5,850.00

Financiamiento:

La presente investigación será financiada económicamente por ingresos propios, asimismo se hará uso de bienes públicos como la Biblioteca municipal de Piura, Biblioteca Central de la Universidad Nacional de Piura y los libros que se encuentran en ellas, así como sus espacios de estudio.

ANEXOS C
MATRIZ DE CONSISTENCIA

Título del Proyecto: “La Interpretación del artículo 1 de la Ley N° 24041 y lo establecido en la Constitución de 1993 como Adecuada Protección contra el Despido Arbitrario”.			
PROBLEMA	PLANTEAMIENTO	HIPÓTESIS	OBJETIVOS
GENERAL:	¿El servidor público contratado tiene Derecho a ser indemnizado cuando ha sido objeto de un despido arbitrario y por no haber cumplido con alguno de los requisitos establecidos en el art. 1 de la Ley 24041 no ha sido reincorporado?	Debido al reconocimiento del Derecho a una adecuada protección contra el despido arbitrario y a que lo contrario vaciaría de contenido su Derecho al Trabajo; el servidor público contratado si tendría un derecho a ser indemnizado cuando ha sido objeto de un despido arbitrario y por no haber cumplido con alguno de los requisitos establecidos en el art. 1 de la Ley 24041 no ha sido reincorporado.	Determinar si el servidor público contratado tiene Derecho a ser indemnizado cuando ha sido objeto de un despido arbitrario y por no haber cumplido con alguno de los requisitos establecidos en el art. 1 de la Ley 24041 no ha sido reincorporado.
ESPECIFICO:	¿En qué caso procede indemnizar al servidor público contratado objeto de despido arbitrario que no ha cumplido con alguno de los requisitos establecidos en el art. 1 de la Ley 24041 para ser reincorporado?	En los casos, en los que por aplicación del Principio de Primacía de la Realidad se reconozca la relación laboral del servidor público contratado -objeto de despido arbitrario- con alguna entidad pública y esta sea superior a tres meses ininterrumpidos, procedería indemnizarlo a pesar de no haber cumplido con alguno de los requisitos del art. 1 de la Ley 24041 para ser reincorporado.	Establecer en qué caso procede indemnizar al servidor público contratado objeto de despido arbitrario que no ha cumplido con alguno de los requisitos establecidos en el art. 1 de la Ley 24041 para ser reincorporado.

ANEXOS D

Sentencias Judiciales sobre el reconocimiento del vínculo laboral del empleado público y la falta de aplicación de la Ley N° 24041.

Las Sentencias judiciales presentadas a continuación, son producto de un proceso contencioso administrativo, en las que se tiene como pretensión la nulidad de acto administrativo material de ceses arbitrario y consecuentemente la reposición -del demandante- en aplicación del art. 1 de la Ley 24041. En las cuales, por falta de acreditación de algún requisito -de la Ley antes señalada-, se le ha negado el reingreso a administración pública al empleado público -demandante-. Con lo cual se acredita la vulneración del derecho al trabajo, por falta de una adecuada protección contra el despido arbitrario.

Sentencias:

- ☞ Exp. N° 02349-2015-0-2001-JR-LA-01⁴².
- ☞ Exp. N° 01424-2015-0-2001-JR-LA-01.

Datos estadísticos:

De la evolución del servicio civil, emitidos por SERVIR en Abril 2012 y febrero 2016:

- ☞ https://storage.servir.gob.pe/biblioteca/SERVIR-El_servicio_civil_peruano-Anx1.PDF
- ☞ <http://files.servir.gob.pe/WWW/files/biblioteca/SERVIR%20-%20El%20servicio%20civil%20peruano%20-%20Anx1.PDF>

⁴² <https://cej.pj.gob.pe/cej/forms/busquedaform.html>

ANEXOS E
LEGISLACIÓN RELEVANTE

- 1.** Ley N° 24041. (1)
- 2.** Ley N° 28175: Ley Marco del Empleo Público (17).

Ley N° 24041 (28/12/1984): Servidores públicos contratados para labores de naturaleza permanente, que tengan más de un año ininterrumpido de servicios, no pueden ser cesados ni destituidos sino por causas previstas en el Capítulo V del Decreto Legislativo N° 276 y con sujeción al procedimiento establecido en él. (29/12/1985)

LEY N° 24041

CONCORDANCIA: R.M. N° 313-86-SA-DMEL

PRESIDENTE DE LA REPUBLICA

POR CUANTO:

El Congreso ha dado la Ley siguiente:

EL CONGRESO DE LA REPUBLICA DEL PERU;

Ha dado la Ley siguiente:

Artículo 1.- Los servidores públicos contratados para labores de naturaleza permanente, que tengan más de un año ininterrumpido de servicios, no pueden ser cesados ni destituidos sino por las causas previstas en el Capítulo V del Decreto Legislativo N° 276 y con sujeción al procedimiento establecido en él, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 15 de la misma ley.

Artículo 2.- No están comprendidos en los beneficios de la presente ley los servidores públicos contratados para desempeñar:

1. Trabajos para obra determinada.
2. Labores en proyectos de inversión, proyectos especiales, en programas y actividades técnicas, administrativas y ocupacionales, siempre y cuando sean de duración determinada.
3. Labores eventuales o accidentales de corta duración.
4. Funciones políticas o de confianza.

Artículo 3.- Deróguense las disposiciones que se opongan a la presente ley, la cual entrará en vigencia al día siguiente de su publicación.

Casa del Congreso, en Lima, a los doce días del mes de Diciembre de mil novecientos ochenta y cuatro.

Primer Vicepresidente del Senado

CARLOS MANCHEGO BRAVO

Senador Secretario

ELIAS MENDOZA HABERSPERGER

Presidente de la Cámara de Diputados

ERNESTO OCAMPO MELENDEZ

Dado en la Casa de Gobierno, en Lima, a los veintisiete días del mes de Diciembre de mil novecientos ochenta y cuatro.

FERNANDO BELAUNDE TERRY

LEY MARCO DEL EMPLEO PÚBLICO

- LEY N° 28175 -

La presente Ley entra en vigencia el 01-01-2005, con excepción de lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 3, referido a la percepción de dietas, que entrará en vigencia a los treinta (30) días de la publicación de la presente Ley y de lo dispuesto en la segunda y cuarta disposiciones transitorias que entrarán en vigencia al día siguiente de la publicación de la presente norma de conformidad con la Primera Disposición Transitoria, Complementaria y Final de la misma.

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

POR CUANTO:

El Congreso de la República

Ha dado la Ley siguiente:

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA;

Ha dado la Ley siguiente:

LEY MARCO DEL EMPLEO PÚBLICO

TÍTULO PRELIMINAR

Artículo I.- Finalidad

La presente Ley tiene como finalidad establecer los lineamientos generales para promover, consolidar y mantener una administración pública moderna, jerárquica, profesional, unitaria, descentralizada y desconcentrada, basada en el respeto al Estado de Derecho, los derechos fundamentales y la dignidad de la persona humana, el desarrollo de los valores morales y éticos y el fortalecimiento de los principios democráticos, para obtener mayores niveles de eficiencia del aparato estatal y el logro de una mejor atención a las personas.

Artículo II.- Objetivos

La presente Ley tiene los siguientes objetivos:

1. Consolidar el pleno desarrollo de los organismos públicos y del personal que en ellos trabajan.
2. Determinar los principios que rigen al empleo público.
3. Crear las condiciones para que las entidades públicas sean organizaciones eficientes, eficaces, participativas, transparentes, honestas y competitivas en el cumplimiento de sus responsabilidades de gobierno y en los servicios que prestan a la sociedad.
4. Normar las relaciones de trabajo en el empleo público y la gestión del desempeño laboral para brindar servicios de calidad a los usuarios, sobre la base de las políticas de gestión por resultados.

Artículo III.- Ámbito de aplicación

La presente Ley regula la prestación de los servicios personales, subordinada y remunerada entre una entidad de la administración pública y un empleado público, cualquiera fuera la clasificación que éste tenga, y la parte orgánica y funcional de la gestión del empleo público.

Para efectos de la presente Ley son entidades de la administración pública:

1. El Poder Legislativo, conforme a la Constitución y al Reglamento del Congreso de la República.
2. El Poder Ejecutivo: ministerios, organismos públicos descentralizados, proyectos especiales y, en general, cualquier otra entidad perteneciente a este Poder.
3. El Poder Judicial, conforme a lo estipulado en su ley orgánica.
4. Los Gobiernos Regionales, sus órganos y entidades.
5. Los Gobiernos Locales, sus órganos y entidades.
6. Los organismos constitucionales autónomos.

En el caso de los funcionarios públicos y empleados de confianza, esta norma se aplicará cuando corresponda según la naturaleza de sus labores.

No están comprendidos en la presente Ley los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional del Perú. Su personal civil se rige por la presente Ley en lo que corresponda, salvo disposición contraria de sus respectivas leyes orgánicas.

Los trabajadores sujetos a regímenes especiales se regulan por la presente norma y en el caso de las particularidades en la prestación de su servicio por sus leyes específicas.

Artículo IV.- Principios

Son principios que rigen el empleo público:

1. Principio de legalidad.- Los derechos y obligaciones que generan el empleo público se enmarcan dentro de lo establecido en la Constitución Política, leyes y reglamentos.
2. El empleado público en el ejercicio de su función actúa respetando el orden legal y las potestades que la ley le señala.
3. Principio de modernidad.- Procura el cambio orientándolo hacia la consecución efectiva de los objetivos de la administración pública.
4. Principio de imparcialidad.- La función pública y la prestación de servicios públicos se ejerce sin discriminar a las personas y sin realizar diferencias. La implementación de políticas afirmativas respecto a personas con discapacidad o sectores vulnerables no constituyen discriminación en los términos de esta Ley.
5. Principio de transparencia y rendición de cuentas.- Busca que la información de los procedimientos que lo conforman sea confiable, accesible y oportuna y que las personas encargadas del manejo económico rindan cuentas periódicas de los gastos que ejecutan.
6. Principio de eficiencia.- El empleado público ejerce sus actividades empleando los medios estrictamente necesarios, teniendo en cuenta los escasos recursos con que cuenta el Estado.
7. Principio de probidad y ética pública.- El empleado público actuará de acuerdo a los principios y valores éticos establecidos en la Constitución y las leyes, que requiera la función pública.
8. Principio de mérito y capacidad.- El ingreso, la permanencia y las mejoras remunerativas de condiciones de trabajo y ascensos en el empleo público se fundamentan en el mérito y capacidad de los postulantes y del personal de la administración pública. Para los ascensos se considera además el tiempo de servicio.
9. Principios de Derecho Laboral.- Rigen en las relaciones individuales y colectivas del empleo público, los principios de igualdad de oportunidades sin discriminación, el carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución e interpretación más favorable al trabajador en caso de duda. En la colisión entre principios laborales que protegen intereses individuales y los que protegen intereses generales, se debe procurar soluciones de consenso y equilibrio.
10. Principio de preservación de la continuidad de políticas del Estado.- La especialización del empleo público preserva la continuidad de las políticas del Estado.
11. Principio de provisión presupuestaria.- Todo acto relativo al empleo público que tenga incidencia presupuestaria debe estar debidamente autorizado y presupuestado.

Artículo V.- Fuentes

Son fuentes de derecho en el empleo público:

1. La Constitución Política.
2. Los Tratados y Convenios aprobados y ratificados.
3. Las leyes y demás normas con rango de ley.
4. Los reglamentos.
5. Las directivas emitidas por el Consejo Superior del Empleo Público.
6. Las ejecutorias que fijan principios jurisprudenciales emitidas por las autoridades jurisdiccionales sobre las normas relativas a la Administración Pública.
7. Las resoluciones calificadas como vinculantes por el Tribunal del Empleo Público.
8. Los pronunciamientos y consultas calificadas como vinculantes por el Consejo Superior del Empleo Público.

9. Los convenios colectivos del empleo público.
Las fuentes señaladas en los numerales 6, 7 y 8 sirven para interpretar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento jurídico positivo al cual se refieren.

TÍTULO I

RELACIÓN ESTADO-EMPLEADO

CAPÍTULO I

GENERALIDADES

Artículo 1.- Relación Estado-Empleado

Es la relación que vincula al Estado como empleador y a las personas que le prestan servicios remunerados bajo subordinación. Incluye a las relaciones de confianza política originaria.

Artículo 2.- Deberes generales del empleado público.

Todo empleado público está al servicio de la Nación, en tal razón tiene el deber de:

- a) Cumplir su función buscando el desarrollo del país y la continuidad de las políticas de Estado.
- b) Supeditar el interés particular al interés común y a los deberes y obligaciones del servicio.
- c) Superarse permanentemente en función a su desempeño.
- d) Desempeñar sus funciones con honestidad, probidad, criterio, eficiencia, laboriosidad y vocación de servicio.
- e) Conducirse con dignidad en el desempeño del cargo.
- f) Respetar y convocar las instancias de participación ciudadana creadas por la ley y las normas respectivas.

Artículo 3.- Prohibición de doble percepción de ingresos

Ningún empleado público puede percibir del Estado más de una remuneración, retribución, emolumento o cualquier tipo de ingreso. Es incompatible la percepción simultánea de remuneración y pensión por servicios prestados al Estado.

Las únicas excepciones las constituyen la función docente y la percepción de dietas por participación en uno (1) de los directorios de entidades o empresas públicas.

CONCORDANCIA: Art. 40 de la Directiva N° 006-2005-EF-76.01, aprobada por R.D. N° 009-2005-EF-76.01

CAPÍTULO II

CLASIFICACIÓN

Artículo 4.- Clasificación

El personal del empleo público se clasifica de la siguiente manera:

1. Funcionario público.- El que desarrolla funciones de preeminencia política, reconocida por norma expresa, que representan al Estado o a un sector de la población, desarrollan políticas del Estado y/o dirigen organismos o entidades públicas.
El Funcionario Público puede ser:
 - a) De elección popular directa y universal o confianza política originaria.
 - b) De nombramiento y remoción regulados.
 - c) De libre nombramiento y remoción.
2. Empleado de confianza.- El que desempeña cargo de confianza técnico o político, distinto al del funcionario público. Se encuentra en el entorno de quien lo designa o remueve libremente y en ningún caso será mayor al 5% de los servidores públicos existentes en cada entidad. El Consejo Superior del Empleo Público podrá establecer límites inferiores para cada entidad. En el caso del Congreso de la República esta disposición se aplicará de acuerdo a su Reglamento.
3. Servidor público.- Se clasifica en:

- a) Directivo superior.- El que desarrolla funciones administrativas relativas a la dirección de un órgano programa o proyecto, la supervisión de empleados públicos, la elaboración de políticas de actuación administrativa y la colaboración en la formulación de políticas de gobierno.
A este grupo se ingresa por concurso de méritos y capacidades de los servidores ejecutivos y especialistas, su porcentaje no excederá del 10% del total de empleados de la entidad. La ineficiencia en este cargo da lugar al regreso a su grupo ocupacional.
Una quinta parte del porcentaje referido en el párrafo anterior puede ser designada o removida libremente por el titular de la entidad. No podrán ser contratados como servidores ejecutivos o especialistas salvo que cumplan las normas de acceso reguladas en la presente Ley.
- b) Ejecutivo.- El que desarrolla funciones administrativas, entiéndase por ellas al ejercicio de autoridad, de atribuciones resolutivas, las de fe pública, asesoría legal preceptiva, supervisión, fiscalización, auditoría y, en general, aquellas que requieren la garantía de actuación administrativa objetiva, imparcial e independiente a las personas. Conformen un grupo ocupacional.
- c) Especialista.- El que desempeña labores de ejecución de servicios públicos.
No ejerce función administrativa. Conformen un grupo ocupacional.
- d) De apoyo.- El que desarrolla labores auxiliares de apoyo y/o complemento.
Conformen un grupo ocupacional.

CAPÍTULO III

ACCESO AL EMPLEO PÚBLICO

Artículo 5.- Acceso al empleo público

El acceso al empleo público se realiza mediante concurso público y abierto, por grupo ocupacional, en base a los méritos y capacidad de las personas, en un régimen de igualdad de oportunidades.

CONCORDANCIAS: LEY N° 28562, 5ta. Disp. Tras. (Exceptúan a los titulares de los pliegos de los Gobiernos Regionales del Ministerio de Salud, del Ministerio de Educación)

Artículo 6.- Requisitos para la convocatoria

Para la convocatoria del proceso de selección se requiere:

- a) Existencia de un puesto de trabajo presupuestado en el Cuadro de Asignación de Personal - CAP y en el Presupuesto Analítico de Personal - PAP.
- b) Identificación del puesto de trabajo.
- c) Descripción de las competencias y méritos.
- d) Establecimiento de criterios de puntuación y puntaje mínimo.
- e) Determinación de remuneración.

Artículo 7.- Requisitos para postular

Son requisitos para postular al empleo público:

- a) Declaración de voluntad del postulante.
- b) Tener hábiles sus derechos civiles y laborales.
- c) No poseer antecedentes penales ni policiales, incompatibles con la clase de cargo.
- d) Reunir los requisitos y/o atributos propios de la plaza vacante.
- e) Los demás que se señale para cada concurso.

Artículo 8.- Procedimiento de selección

El procedimiento de selección se inicia con la convocatoria que realiza la entidad y culmina con la resolución correspondiente y la suscripción del contrato.

La convocatoria se realiza por medios de comunicación de alcance nacional y en el portal informático respectivo.

CONCORDANCIAS: R.J. N° 0014-2005-ED

Artículo 9.- Incumplimiento de las normas de acceso

La inobservancia de las normas de acceso vulnera el interés general e impide la existencia de una relación válida. Es nulo de pleno derecho el acto administrativo que las contravenga, sin perjuicio de las responsabilidades administrativas, civiles o penales de quien lo promueva, ordena o permita.

CONCORDANCIAS: R.J. N° 0014-2005-ED

CAPÍTULO IV GESTIÓN EN EL EMPLEO PÚBLICO

Artículo 10.- Proceso de Inducción

El incorporado al empleo tiene derecho a que se le proporcione la inducción inicial necesaria, oriente sobre la política institucional e indique sus derechos, obligaciones y funciones. Esta capacitación constituye requisito básico para el inicio de la prestación de servicios.

Artículo 11.- Capacitación

La capacitación es un deber y un derecho del empleado público. Está orientada al desarrollo de conocimientos, actitudes, prácticas, habilidades y valores del empleado, para garantizar el desarrollo de la función pública y los servicios públicos, mejorar su desempeño laboral, propiciar su realización personal, técnica o profesional y brindar mejor servicio al usuario.

Artículo 12.- Progresión

La progresión implica la asunción de funciones y responsabilidades de dificultad o complejidad mayor a las del nivel de procedencia.

Artículo 13.- Retribución del desempeño laboral

El desempeño del empleo público se retribuye de acuerdo a un sistema de evaluación con equidad y justicia teniendo en cuenta como mínimo los siguientes criterios:

- a) Universalidad
- b) Base técnica.
- c) Competencia laboral.

Artículo 14.- Registro de Empleados y Cesantes

Cada entidad pública organiza y mantiene actualizado su registro de empleados y cesantes, el mismo que integra el Registro Nacional de Personal del Empleo Público a cargo del Consejo Superior del Empleo Público.

CAPÍTULO V DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL EMPLEADO PÚBLICO

Artículo 15.- Enumeración de derechos

El empleado público, sin excluir otros que le otorgan la Constitución y las leyes, tiene derecho a:

- a) Igualdad de oportunidades.
- b) Remuneración.
- c) Protección adecuada contra el cese arbitrario, con observancia de las garantías constitucionales del debido proceso.
- d) Descanso vacacional.
- e) Permisos y licencias.
- f) Préstamos administrativos.
- g) Reclamo administrativo.
- h) Seguridad social de acuerdo a ley.
- i) Capacitación.
- j) Las demás que le señale la presente Ley o las leyes de desarrollo de esta Ley marco.

Artículo 16.- Enumeración de obligaciones

Todo empleado está sujeto a las siguientes obligaciones:

- a) Cumplir personal y diligentemente los deberes que impone el servicio público.
- b) Prestar los servicios de forma exclusiva durante la jornada de trabajo, salvo labor docente, la cual podrá ser ejercida fuera de la jornada de trabajo.
- c) Salvaguardar los intereses del Estado y emplear austeramente los recursos públicos, destinándolos sólo para la prestación del servicio público.
- d) Percibir en contraprestación de sus servicios sólo lo determinado en el contrato de trabajo y las fuentes normativas del empleo público; está prohibido recibir dádivas, promesas, donativos o retribuciones de terceros para realizar u omitir actos del servicio.
- e) No emitir opinión ni brindar declaraciones en nombre del Estado, salvo autorización expresa del superior jerárquico competente sobre la materia respecto de la cual se le dio autorización, bajo responsabilidad.
- f) Actuar con transparencia en el ejercicio de su función y guardar secreto y/o reserva de la información pública calificada como tal por las normas sobre la materia y sobre aquellas que afecten derechos fundamentales.
- g) Actuar con imparcialidad, omitiendo participar o intervenir por sí o por terceras personas, directa o indirectamente, en los contratos con su entidad en los que tenga interés el propio empleado, su cónyuge o parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.
- h) Concurrir puntualmente y observar los horarios establecidos.
- i) Conocer las labores del cargo y capacitarse para un mejor desempeño.
- j) Observar un buen trato y lealtad hacia el público en general, hacia los superiores y compañeros de trabajo.
- k) Guardar absoluta reserva en los asuntos que revistan tal carácter, aún después de haber cesado en el cargo.
- l) Informar a la superioridad o denunciar ante la autoridad correspondiente, los actos delictivos o de inmoralidad cometidos en el ejercicio del empleo público.
- m) Supeditar sus intereses particulares a las condiciones de trabajo y a las prioridades fijadas por la entidad.
- n) No practicar actividades político partidarias en su centro de trabajo y en cualquier entidad del Estado.
- o) No suscribir contrato de locación de servicios bajo cualquier modalidad con otra entidad pública.
- p) Presentar declaración jurada anual de bienes y rentas, así como al asumir y al cesar en el cargo.
- q) Participar, según su cargo, en las instancias internas y externas donde se promueva la participación de la ciudadanía y se ejecute procesos de rendición de cuentas.
- r) Las demás que le señale la presente Ley, los reglamentos y directivas o las leyes de desarrollo de esta Ley marco.

CAPÍTULO VI

BIENESTAR SOCIAL E INCENTIVOS

Artículo 17.- Programas de bienestar social

La administración pública a través de sus entidades deberá diseñar y establecer políticas para implementar de modo progresivo programas de bienestar social e incentivos dirigidos a los empleados y su familia.

Artículo 18.- Reconocimiento especial

El desempeño excepcional de un empleado origina el otorgamiento de especial reconocimiento que deberá enmarcarse en las siguientes condiciones:

- a) Lograr resultados eficientes en el servicio que presta a la población.
- b) Constituir modelo de conducta para el conjunto de empleados.
- c) Promover valores sociales.

- d) Promover beneficios a favor de la entidad.
- e) Mejorar la imagen de la entidad frente a la colectividad.

CAPÍTULO VII

RÉGIMEN DISCIPLINARIO

Artículo 19.- Responsabilidades

Los empleados públicos son responsables civil, penal o administrativamente por el incumplimiento de las normas legales y administrativas en el ejercicio del servicio público.

Artículo 20.- Inhabilitación y rehabilitación

La inhabilitación y rehabilitación del empleado público se determinará en las normas de desarrollo de la presente Ley.

Artículo 21.- Procedimiento disciplinario

El empleado público que incurra en falta administrativa grave será sometido a procedimiento administrativo disciplinario.

CAPÍTULO VIII

TÉRMINO DE LA RELACIÓN DE EMPLEO PÚBLICO

Artículo 22.- Término del empleo público

El término del empleo se produce por:

- a) Fallecimiento.
- b) Renuncia.
- c) Mutuo disenso.
- d) Destitución.
- e) Invalidez permanente que no le permita cumplir con sus funciones.
- f) Jubilación.
- g) Cese.

TÍTULO II

ENTE RECTOR DEL EMPLEO PÚBLICO

CAPÍTULO I

CONSEJO SUPERIOR DEL EMPLEO PÚBLICO

Artículo 23.- Creación

Créase el Consejo Superior del Empleo Público - COSEP, como organismo público descentralizado, adscrito a la Presidencia del Consejo de Ministros y con calidad de pliego presupuestario, cuyo titular es el Presidente del Consejo Superior del Empleo Público. El Consejo Superior del Empleo Público es el ente rector del empleo público.

Artículo 24.- Funciones

Las funciones del Consejo Superior del Empleo Público son las siguientes:

- a) Vigilar el cumplimiento de la presente Ley, las normas de desarrollo, reglamentos y las directivas y procedimientos que establezca.
- b) Emitir directivas que regulen el sistema de personal del empleo público supervisando su aplicación, cumplimiento y desarrollo, determinar las faltas y aplicar las sanciones correspondientes.
- c) Proponer las normas y reglamentos necesarios para mejorar el sistema de personal del empleo público.
- d) Supervisar y orientar el cumplimiento de las reglas de clasificación del personal en el empleo público, los topes establecidos, así como las normas y directivas establecidas para la gestión del empleo público.

- e) Sancionar los incumplimientos de las normas relativas al empleo público en el ámbito de su competencia.
- f) Absolver las consultas planteadas por las entidades públicas en materia de empleo público.
- g) Llevar el Registro Nacional del Personal del Empleo Público y su Escalafón.
- h) Dictar los criterios rectores del sistema de formación y capacitación en el empleo público, a nivel nacional, regional y local, y establecer reglas generales para la articulación de las entidades públicas con los servicios de capacitación ofrecidos por entes privados o públicos.
- i) Proponer su reglamento de organización y funciones.
- j) Centralizar y analizar todo tipo de información sobre empleo público.
- k) Proponer la política sobre la gestión de recursos humanos.
- l) Las demás que señalen la ley o el reglamento.

Artículo 25.- Dirección y administración

La dirección y administración del Consejo Superior del Empleo Público estará a cargo de una Junta de Consejeros integrada por cinco (5) miembros quienes ejercerán el cargo por cuatro (4) años, pudiendo ser removidos sólo por causa justificada.

Los miembros de la Junta de Consejeros son nombrados de acuerdo a lo siguiente:

- a) Tres (3) representantes del Poder Ejecutivo, uno de los cuales lo presidirá.
- b) Un (1) representante del Consejo Nacional de Descentralización – CND elegido a propuesta de los Presidentes Regionales y los gobiernos locales.
- c) Un (1) representante de las universidades, elegido por la Asamblea Nacional de Rectores.

El nombramiento de los Consejeros se formaliza mediante Resolución Suprema.

Uno de los representantes del Poder Ejecutivo deberá ser escogido entre los empleados públicos en actividad, excluyéndosele de los requisitos del artículo siguiente.

Artículo 26.- Requisitos para ser Consejero

Son requisitos esenciales para ser Consejero:

- a) Tener título académico universitario.
- b) No menos de cinco (5) años de ejercicio profesional en temas de administración pública.
- c) Poseer estudios de especialización vinculados con administración pública.

Artículo 27.- Responsabilidades de ministerios, órganos y entidades públicas

Las entidades de la administración pública brindarán la información requerida por el Consejo Superior del Empleo Público para el cumplimiento de sus fines.

CAPÍTULO II

TRIBUNAL DEL EMPLEO PÚBLICO

Artículo 28.- Creación

Créase el Tribunal del Empleo Público como órgano del Consejo Superior del Empleo Público, que conocerá en última instancia administrativa los recursos interpuestos contra actos referidos al acceso, salida y pago de remuneraciones del empleo público.

El Tribunal del Empleo Público es independiente en el ejercicio de sus funciones.

Artículo 29.- Integrantes

El Tribunal del Empleo Público estará integrado por tres (3) vocales por un período de tres (3) años no renovables.

Los vocales son designados por el Consejo Superior del Empleo Público previo concurso público. Son removidos por causa justificada contemplada en la ley.

Los vocales deberán continuar en el ejercicio de sus funciones hasta que hayan tomado posesión quienes deban sucederles.

Artículo 30.- Conformación de nuevas salas

El Tribunal del Empleo Público podrá conformar salas descentralizadas o nuevas salas, de acuerdo a la necesidad del servicio.

Artículo 31.- Requisitos para ser vocal

Para ser vocal del Tribunal se requiere:

- a) Ser mayor de treinta y dos años.
- b) Haber ejercido la abogacía durante 7 años.
- c) No estar incurso en ninguna incompatibilidad establecida en la ley.

Artículo 32.- Procedimiento

Por decreto supremo, previa opinión favorable del Consejo Superior del Empleo Público, se aprobarán las normas de procedimiento, quórum y acuerdos del Tribunal del Empleo Público.

Artículo 33.- Agotamiento de la vía administrativa

La resolución del Tribunal del Empleo Público agota la vía administrativa y consecuentemente puede ser recurrida en vía contencioso administrativa.

DISPOSICIONES TRANSITORIAS, COMPLEMENTARIAS Y FINALES

PRIMERA.- La presente Ley entra en vigencia el 1 de enero de 2005, con excepción de lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 3, referido a la percepción de dietas, que entrará en vigencia a los treinta (30) días de la publicación de la presente Ley y de lo dispuesto en la segunda y cuarta disposiciones transitorias que entrarán en vigencia al día siguiente de la publicación de la presente Ley.

SEGUNDA.- En el plazo de ciento veinte (120) días contados a partir de la publicación de la presente Ley, el Poder Ejecutivo remitirá al Congreso de la República las propuestas legislativas sobre:

1. Ley de la carrera del servidor público.
2. Ley de los funcionarios públicos y empleados de confianza.
3. Ley del sistema de remuneraciones del empleo público.
4. Ley de gestión del empleo público.
5. Ley de incompatibilidades y responsabilidades.

TERCERA.- Dentro de los treinta (30) días hábiles de la vigencia de la presente Ley se nombrarán a los miembros del Consejo Superior del Empleo Público el cual se instalará e iniciará funciones dentro de los sesenta (60) días hábiles siguientes al nombramiento de sus miembros. La Secretaría de Gestión Pública de la Presidencia del Consejo de Ministros asumirá las funciones establecidas en los incisos a), c), e), f) y g) del artículo 24 de la presente Ley, hasta que inicie sus funciones el Consejo Superior del Empleo Público.

CUARTA.- Los regímenes especiales existentes al momento de la publicación de la presente Ley deberán ser revisados y adecuados a la misma en un plazo máximo de ciento ochenta (180) días contados a partir de la promulgación de la presente Ley, para lo cual el Poder Ejecutivo presentará al Congreso los proyectos de ley correspondientes.

QUINTA.- Las normas que se darán en la Segunda Disposición Transitoria señalarán el plazo para que se incorpore a los cargos ocupados por servicios no personales, en su estructura de acuerdo a la disponibilidad presupuestal.

SEXTA.- Los contratados y los que prestan servicios por la modalidad de no personales que tengan vínculo vigente, podrán postular a las plazas que se convoquen de acuerdo a lo dispuesto en la presente Ley, otorgándoseles una bonificación en el puntaje proporcional a los servicios prestados a la administración pública, en caso de que empataran en la calificación con otro u otros.

Comuníquese al señor Presidente de la República para su promulgación.

En Lima, a los veintiocho días del mes de enero de dos mil cuatro.

HENRY PEASE GARCÍA

Presidente del Congreso de la República

AL SEÑOR PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA

POR TANTO:

Mando se publique y cumpla.

En Lima, a los dieciocho días del mes de febrero del año dos mil cuatro.

ALEJANDRO TOLEDO

Presidente Constitucional de la República

CARLOS FERRERO

Presidente del Consejo de Ministros

ANEXOS F
JURISPRUDENCIA VINCULANTE
REGLAS VINCULANTES DEL PRECEDENTE HUATUCO-HUATUCO

EXP. 05057-2013-AA/TC-JUNÍN
ROSALÍA BEATRIZHUATUCO - HUATUCO

§6. Otro supuesto: cuando el demandante no ha ingresado a la Administración mediante "concurso público de méritos para una plaza presupuestada y vacante de duración indeterminada"

18. Pública mediante "concurso público de méritos para una plaza presupuestada y vacante de duración indeterminada" 18.4 Siguiendo los lineamientos de protección contra el despido arbitrario y del derecho al trabajo, previstos en los artículos 27° y 22° de la Constitución, el Tribunal Constitucional estima que en los casos que se acredite la desnaturalización del contrato temporal o del contrato civil no podrá ordenarse la reposición a tiempo indeterminado, toda vez que esta modalidad del Decreto Legislativo 728, en el ámbito de la Administración Pública, exige la realización de un concurso público de méritos respecto de una plaza presupuestada y vacante de duración indeterminada. Esta regla se limita a los contratos que se realicen en el sector público y no resulta de aplicación en el régimen de contratación del Decreto Legislativo 728 para el sector privado.

§7. Responsabilidad funcional en los supuestos que se detecte la desnaturalización del contrato temporal (laboral o civil) en la Administración Pública:

(...)

20. Por tal motivo, las entidades estatales deberán imponer las sanciones que correspondan a aquellos funcionarios y/o servidores que incumplan las formalidades señaladas en la Constitución, la ley y la presente sentencia, así como las disposiciones internas que cada entidad exige para la contratación del personal en el ámbito de la administración pública. A fin de determinar quiénes fueron los responsables de la contratación del personal que labora o presta servicios, se tendrá en cuenta, entre otros aspectos y documentos, el Manual de Organización y Funciones (MOF), el Reglamento de Organización y Funciones (ROF), el Reglamento Interno y demás normas internas pertinentes de cada entidad.

En efecto, con la finalidad de que se apliquen las sanciones que correspondan, la máxima autoridad de la institución deberá determinar quién o quienes tuvieron responsabilidad en la elaboración del contrato temporal que fue declarado desnaturalizado en un proceso judicial, para lo cual recurrirán a sus propios documentos internos y de gestión, luego de ello se procederá a proporcionar dicha información a conocimiento de la Oficina de Control Interno de la institución a fin de que se efectúen las investigaciones del caso, se lleve a cabo el procedimiento administrativo disciplinario del personal que incumplió las normas que regulan los requisitos para la contratación del personal en la administración pública, y se establezcan las sanciones pertinentes conforme a lo dispuesto en los artículos 46° y 47° Ley N.° 27785, Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, incorporados por la Ley N.° 29622, que modifica y amplía las facultades en el proceso para sancionar en materia de responsabilidad administrativa funcional. Una vez determinadas las respectivas responsabilidades, las sanciones que se impongan deberán ser consignadas en el

Registro de Sanciones de Destitución y Despido (RSDD), artículo 50° de la mencionada Ley N.° 27785.

El jefe de la Oficina de Administración de cada entidad, o quien haga sus veces, es el funcionario responsable de la inscripción en el Registro de Sanciones de Destitución y de Despido (RSDD).

Al respecto, cabe precisar que conforme al artículo 11° y la Novena Disposición Final de la Ley N.° 27785, los servidores y funcionarios públicos incurren en responsabilidad administrativa funcional cuando contravienen el ordenamiento jurídico administrativo y las normas internas de la entidad a la que pertenecen o cuando en el ejercicio de sus funciones hayan realizado una gestión deficiente. Se desprende que, a su vez, incurren en responsabilidad civil cuando, por su acción u omisión, hayan ocasionado un daño económico al Estado, siendo necesario que éste sea ocasionado por incumplir sus funciones, por dolo o culpa, sea ésta inexcusable o leve.

§8. Reglas procedimentales aplicables en materia de reposición como trabajadores de duración indeterminada en la Administración Pública

21. En cuanto a los efectos temporales de la presente sentencia, cabe precisar que las reglas establecidas por el Tribunal Constitucional como precedente vinculante (entre ellas la exigencia de que la incorporación o "reposición" a la administración pública sólo proceda cuando el ingreso del trabajador se haya realizado mediante concurso público y abierto para una plaza presupuestada, vacante de duración indeterminada) deben ser de aplicación inmediata a partir del día siguiente de su publicación en el diario oficial El Peruano, incluso a los procesos de amparo que se encuentren en trámite ante el Poder Judicial o el Tribunal Constitucional.
22. En el supuesto de que en un proceso de amparo el demandante no pueda ser reincorporado por no haber ingresado por concurso público de méritos para una plaza presupuestada, vacante de duración indeterminada, el juez reconducirá el proceso a la vía ordinaria laboral para que la parte demandante solicite la indemnización que corresponda, conforme a lo previsto en el artículo 38° del TUO del Decreto Legislativo N° 728. Dicha vía proseguirá el trámite conforme a la ley procesal de la materia y no podrá ser rechazada por la causal de extemporaneidad. Una vez que el juez laboral competente se avoque al conocimiento del caso, deberá entenderse presentada y admitida la demanda laboral, y se otorgará al demandante un plazo razonable a efectos de que adecue su demanda conforme a las reglas previstas para la etapa postulatoria del proceso laboral. Transcurrido dicho plazo sin que el demandante realice la respectiva adecuación, procederá el archivo del proceso.
23. Asimismo, las demandas presentadas luego de la publicación del precedente de autos y que no acrediten el presupuesto de haber ingresado por concurso público de méritos a la Administración Pública para una plaza presupuestada y vacante a plazo indeterminado, deberán ser declaradas improcedentes, sin que opere la reconducción mencionada en el párrafo anterior.

MODIFICACIONES AL PRECEDENTE HAUTUCO

CASO CRUZ LLAMOS

EXP N ° 06681 2013-PA/TC-LAMBAYEQUE

RICHARD NILTON CRUZ LLAMOS

Del 23 de junio del 2016

(...)

8. Entonces, si bien tenemos que la regla central del precedente "Huatuco" es la siguiente:

"[E]l ingreso a la administración pública mediante un contrato a plazo indeterminado exige necesariamente un previo concurso público de méritos para una plaza presupuestada y vacante de duración indeterminada" (f. j. 9).

Y aunque este párrafo hace mención expresa al "ingreso a la administración pública", de modo general, dicha afirmación debe interpretarse en un sentido estricto, vinculado al inicio o la promoción de la carrera administrativa, en el contexto de lo argumentado y dispuesto en la propia sentencia, y atendiendo a los valores y principios que la sustentan.

9. Así, conforme a lo ya indicado, el bien que busca proteger el "precedente Huatuco" es el de la carrera administrativa, esto es, pues, lo que justifica que se haga referencia a la necesidad de todo pedido de reposición requiere que el demandante haya accedido previamente a la plaza a través de un concurso público de méritos, requisito que no se exige para todos los funcionarios públicos (cfr. STC 03446-2004-AA, f. j. 3). Esto se compagina, además, con el derecho de que en anterior ocasión el Tribunal ya se había referido expresamente al criterio contenido en el precedente Huatuco, haciendo allí expresa referencia a la "carrera administrativa". En efecto, siguiendo lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 276, señaló que "el ingreso a la administración pública en la condición de servidor de carrera se efectúa obligatoriamente mediante concurso público, previa evaluación, siempre y cuando exista plaza vacante, siendo nulo todo acto administrativo contrario a dicho procedimiento"(STC N° 01196-2004-AA, f. j. 2).
10. Asimismo, como se sabe, el "precedente Huatuco" promueve que el acceso, la permanencia y el ascenso a dicha plaza atiendan a criterios meritocráticos. Al respecto, es claro que no tendría sentido exigir este tipo de estándar para la reposición laboral si se tratara de plazas que no requieren tomar en cuenta esas consideraciones, ya que por la naturaleza de las funciones desempeñadas no nos encontramos ante supuestos vinculados al ingreso a la carrera administrativa.
11. Señalado esto, es claro que el "precedente Huatuco" solo resulta de aplicación cuando se trata de pedidos de reincorporación en plazas que forman parte de la carrera administrativa, y no frente a otras modalidades de función pública. Esto es especialmente relevante, pues implica tener en cuenta que hay distintos regímenes legales que sí forman parte de la carrera pública (por ejemplo, y sin ánimo taxativo, los trabajadores sujetos al Decreto Legislativo N.º 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público, y a la Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil), y otros que claramente no forman parte de ella (como es el caso, también sin ánimo exhaustivo, de los obreros municipales sujetos a la actividad privada, los trabajadores del régimen de la Contratación Administrativa de Servicios, los funcionarios de confianza o los trabajadores de las empresas del Estado).

13. En este sentido, y sobre la base de lo anotado hasta aquí, este Tribunal considera conveniente explicitar cuáles son los elementos o presupuestos fácticos que, conforme a lo establecido en el precedente Huatuco", permiten la aplicación de la regla jurisprudencial allí contenida:

- (a) El caso debe referirse a la desnaturalización de un contrato, que puede atarse de uno temporal (a.1) o de naturaleza civil (a.2), a través del cual supuestamente se encubrió una relación laboral de carácter permanente.
- (b) Debe pedirse la reposición en una plaza que forma parte de la carrera administrativa (b.1), que, por ende, a aquella a la cual corresponde acceder a través de un concurso público de méritos (b.2), y que además se encuentre vacante (b.3) y presupuestada (b.4).

CASACIÓN N° 5807-2009-JUNÍN

INTERRUPCIONES TENDENCIOSAS

De diciembre de 2015.

Esta sentencia casatoria se dictó el 20 de marzo de 2012, donde la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema debió determinar si procede la reposición en el cargo de un servidor público bajo la Ley N° 24041. La Municipalidad de Chilca interpuso recurso de casación bajo la causal de infracción normativa del artículo 1 de la Ley N° 24041(16). La Corte Suprema se pronunció sobre dicho artículo, disponiendo lo siguiente: “Las breves interrupciones de los servicios prestados, por servidores públicos contratados para labores de naturaleza permanente, no afectan el carácter ininterrumpido de dichos servicios si las interrupciones han sido promovidas por la entidad pública empleadora para desconocer el derecho del trabajador a la protección frente al despido, que le brinda la Ley N° 24041”, entonces, al demandante se le contrató por locación de servicios, situación que la Corte Suprema aplicó el principio de primacía de la realidad, y se refirió al carácter permanente de la labor del demandante, y que, por lo tanto, la entidad debía reponerlo a su puesto de trabajo, ya que la sentencia de segunda instancia, declaró fundada la demanda y, por ende, la Corte Suprema declaró infundado el recurso de casación.

CASACIÓN N° 9572-2009-LAMBAYEQUE

CARGO DE CONFIANZA

De diciembre del 2015

Esta sentencia casatoria se dictó el 19 de junio de 2012, para que la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema se pronuncie sobre la nulidad de la Resolución de Alcaldía N° 23-2007-MDJL, que dispone la conclusión de los servicios de la actora como trabajadora de la Municipalidad Distrital de José Leonardo Ortiz.

La Corte Suprema ha concluido: “Que, este Supremo Tribunal considera que la interpretación correcta del artículo 2 numeral 4) de la Ley N° 24041, se consideran funcionarios de confianza para efectos del inciso 4 del artículo 2 de la Ley N° 24041 todos los trabajadores sujetos al régimen laboral público cuya categoría sea desde F-1 hasta F-8 con independencia de la denominación que se dé al cargo que desempeñan.” Asimismo, siendo los cargos desempeñados por la actora, desde su ingreso a la entidad demandada, cargos de confianza, no le corresponde gozar de estabilidad laboral ni se encuentra protegida por los alcances del artículo 1 de la Ley N° 24041 como erróneamente han resuelto las instancias de mérito, siendo de aplicación en su caso el artículo 2 de la Ley N° 24041, que señala: “No están comprendidos en los beneficios de la presente ley los servidores públicos contratados para desempeñar: 4.- Funciones políticas o de confianza”, declarando fundado el recurso interpuesto por la Municipalidad Distrital de José Leonardo Ortiz, lo que tuvo como consecuencia que la demanda haya sido infundada en todos sus extremos.

**CASACIÓN N° 874-2010-DEL SANTA
CARGO DE CONFIANZA
De diciembre 2015**

Esta sentencia casatoria se dictó el 3 de octubre de 2012, para que la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema se pronuncie sobre si la protección del cargo de confianza está comprendida dentro de la los alcances de la Ley N° 24041. En el caso en mención, el demandante interpuso el recurso de casación, alegando la causal de infracción normativa del artículo 1 de la Ley N° 24041(18). La Corte Suprema estableció: *“No se encuentran amparados por la Ley N° 24041 los servidores públicos que desempeñen cargos de confianza, entendidos estos como aquellos que ejercidos por empleados designados para laborar en relación inmediata con quienes detentan cargos políticos, para labores de asesoría y apoyo; debiendo tenerse en cuenta además los criterios previstos en el artículo 12 del Decreto Supremo N° 005-90-PCM; comprendiéndose dentro de esta clase de personal a los asesores legales y técnicos, cuyas opiniones e informes son presentados directamente los funcionarios políticos, así como los chóferes, secretarías y personal de seguridad que laboran en contacto personal y directo con los alcaldes, apoyándolos en su gestión”*, con lo cual, declaró infundado el recurso de casación y, por ende, infundada la demanda, ya que el demandante laboraba como seguridad del alcalde, es decir, junto a un funcionario público, por lo que dicho cargo es de confianza.

**CASACIÓN LABORAL N° 12475-2014-MOQUEGUA
REPOSICIÓN
Del 17 de diciembre del 2015.**

En el **Décimo Cuarto Considerando**, señala: En atención a los numerosos casos que se vienen analizando a nivel nacional sobre la aplicación o inaplicación del precedente constitucional N° 5057-2013-PA/TC JUNÍN, expedido por el Tribunal Constitucional, este Supremo Tribunal considera que en virtud de la facultad de unificación de la jurisprudencia prevista en el artículo 384° del Código Procesal Civil, de aplicación supletoria por remisión de la Primera Disposición Complementaria de la Ley N° 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo, es necesario conforme al artículo 22° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aprobado por Decreto Supremo N° 017-93-JUS, establecer criterios jurisdiccionales de obligatorio cumplimiento por las instancias inferiores respecto a la aplicación del precedente constitucional vinculante N° 5057-2013-PA/TC JUNÍN. El cual no se aplica en los siguientes casos:

- a) Cuando la pretensión demandada este referida a la nulidad de despido, prevista en el artículo 29° del Decreto Supremo N° 003-97-TR, Ley de Productividad y Competitividad Laboral y Leyes especiales.
- b) Cuando se trate de trabajadores al servicio del Estado sujetos al régimen laboral del Decreto Legislativo N° 276 o de la Ley N° 24041.
- c) Cuando se trate de obreros municipales sujetos al régimen laboral de la actividad privada.
- d) Cuando se trate de trabajadores sujetos al régimen de Contrato administrativo de Servicios (CAS).
- e) Cuando se trate de trabajadores al servicio del Estado señalados en la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil.

- f) Cuando se trate de funcionarios, políticos, funcionarios de dirección o de confianza a que se refiere el artículo 40° de la Constitución Política del Perú.

CASACIÓN LABORAL N° 6225-2016-CAÑETE
REPOSICIÓN
Del 17 de octubre de 2017

SUMILLA: Cuando los procesos versen sobre reposición de un trabajador sin vínculo laboral vigente en una entidad de la administración pública, se deberá resolver el caso sobre los criterios establecidos en el Precedente Constitucional N° 5057-2013-PA/TC y las Casaciones Laborales Nos. 11169-2014-LA LIBERTAD, 8347-2014-DEL SANTA y 4336-2015-ICA.

Sétimo: Al respecto, debe tenerse en cuenta que la Ley N° 2 8175, Ley Marco del Empleo Público, establece como principios esenciales el mérito y la capacidad; en cuya virtud el ingreso, la permanencia, las mejoras remunerativas y de condiciones de trabajo, así como, los ascensos en el empleo público, deben fundamentarse en el mérito y capacidad de los postulantes y del personal de la administración pública; asimismo, los principios de igualdad de oportunidades sin discriminación, el carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución e interpretación más favorable al trabajador en caso de duda, y que ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador. Además, la exigencia de un concurso público, deberá ser realizado por la entidad pública, bajo un procedimiento abierto y democrático, que permita una verdadera igualdad de oportunidades, a efectos de que las personas sean evaluadas de acuerdo a los ítems necesarios, circunscritos sobre todo en las capacidades académicas, experiencias profesionales y otros lineamientos, dependiendo del cargo, respectivo.

Aunado a ello, la importancia de la meritocracia para el ingreso a la administración pública ha sido recogida por el legislador en la Ley del Servicio Civil, Ley N° 30057, que lo ha conceptualizado como un principio necesario para el acceso a la función pública, el mismo que encuentra desarrollo en los artículos 161° y 165° del Decreto Supremo N° 040-20 14-PCM, Reglamento de la Ley del Servicio Civil.

Octavo: Esta Sala Suprema, en cumplimiento a su finalidad de unificar la jurisprudencia laboral, ha establecido en la Casación Laboral N° 11169-2014-LA LIBERTAD de fecha veintinueve de octubre de dos mil quince, respecto al acceso a la función pública, el siguiente criterio:

“El acceso a la función pública de los trabajadores sujetos a cualquier régimen laboral y bajo cualquier modalidad debe realizarse mediante concurso público y abierto, en base a los méritos y capacidad de las personas, en un régimen de igualdad de oportunidades cuya inobservancia constituye una infracción a normas de orden público que impide la existencia de una relación válida y determina la nulidad de pleno derecho del acto administrativo que lo contravenga, y que acarrea responsabilidades administrativas, civiles o penales a quien lo promueve, ordena o permita”.

Cabe indicar, que esta Sala Suprema también se ha pronunciado sobre los alcances del precedente vinculante, recaído en el Expediente N° 5057-2013-PA/TC, en las Casaciones Nos. 8347-2014-DEL SANTA y 4336-2015-ICA.

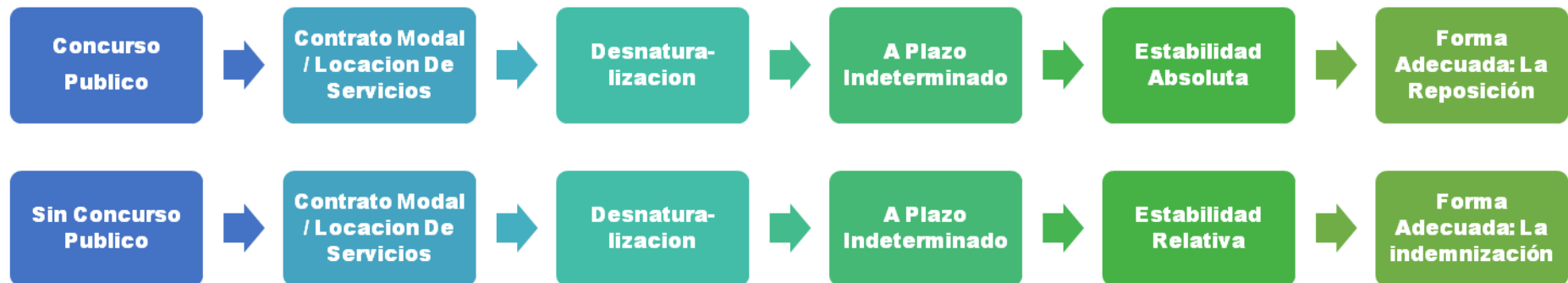
ANEXOS G

ESQUEMAS DEL ANALISIS

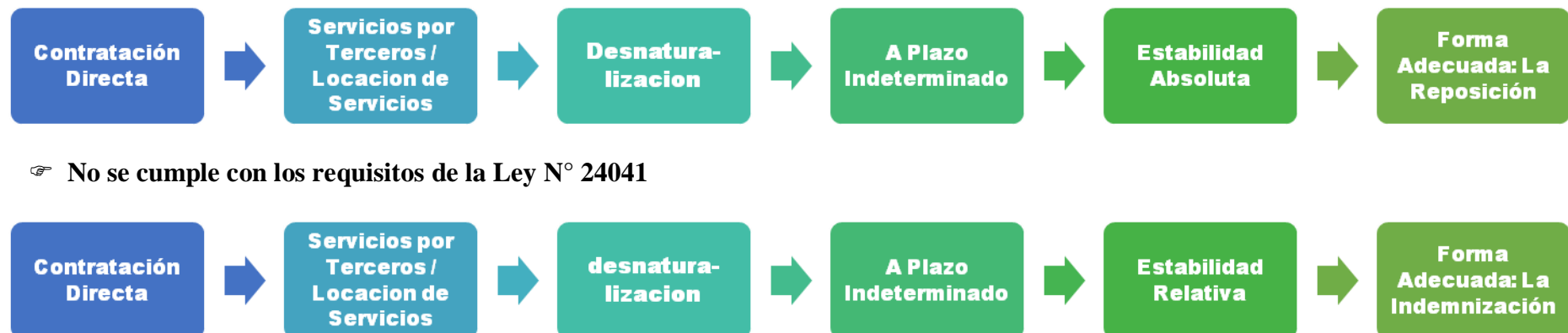
- 1.** Contratación en la Administración Pública y su Protección Adecuada contra el despido arbitrario.
- 2.** La estabilidad en el empleo público: D. Leg. N° 276, Ley N° 24041 y el artículo 27° de nuestra Constitución.

1. Contratación en la Administración Pública y su Protección Adecuada contra el despido arbitrario:

☞ Precedente Huatuco: -Régimen Privado dentro de la Administración Pública-



☞ Régimen Decreto Legislativo N° 276 -Protección Ley 24041-



☞ No se cumple con los requisitos de la Ley N° 24041



2. La estabilidad en el empleo público: D. Leg. N° 276, Ley N° 24041 y el artículo 27° de nuestra Constitución.

